روضة الطالبين

وعمدة المفتين

للإمام النّووي

الجزء الحادي عشر

إشراف

زهير الشاويش

المكتب الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة للمكتب الإسلامي
لصاحبه
زهير الشاويش

الطبعة الثالثة
١٤١٢هـ / ١٩٩١م

المكتب الإسلامي
بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - برقياً : اسلاميا - تلكس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب الايمان

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في نفس اليمين وللأئمة عبارات في حقيقة اليمين ، أجودها وأصوبها عن[1] الانتقاض والاعتراض عبارة البغوي ، قال : اليمين تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته . ويتعلق بالضبط مسائل إحداها : تنعقد اليمين على المستقبل والماضي ، فان حلف على ماض كاذباً وهو عالم ، فهو اليمين الغموس ، سميت غموساً ، لأنها تغمس صاحبها في الاثم أو في النار ، وهي من الكبائر ، وتتعلق بها الكفارة . فان كان جاهلاً ، ففي وجوب الكفارة القولان : فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً .

الثانية : من سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد ، كقوله في حالة غضب أو لجاج أو عجلة أو صلة كلام : لا والله ، وبلى والله ، لا تنعقد يمينه ، ولا يتعلق به كفارة . ولو كان يحلف على شيء ، فسبق لسانه إلى غيره ، فكذلك . وهذا كله يسمى : لغو اليمين . واذا حلف وقال : لم أقصد اليمين صدّق ، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يصدق في الظاهر ، لتعلق حق الغير به . قال الامام في الفرق : جرت العادة بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق ، فدعواه فيها تخالف الظاهر ، فلا يقبل . قال : فلو اقترن باليمين ما يدل على القصد، لم يقبل قوله على خلاف الظاهر .

---

(١) في الأصل : عند .

الثالثة : اذا قال غيره : اسألك بالله ، أو أقسم عليك بالله ، أو أقسمت عليك بالله : لتفعلن كذا ، فان قصد به الشفاعة ، أو قصد عقد اليمين للمخاطب ، فليس بيمين في حق واحد منهما ، وإن قصد عقد اليمين لنفسه ، كان يميناً على الصحيح ، كأنه قال : أسألك ثم حلف . وقال ابن ابي هريرة : ليس بيمين وهو ضعيف . ويستحب للمخاطب إبراره ، فان لم يفعل وحنث الحالف ، لزمه الكفارة ، وإن أطلق ولم يقصد شيئا يحمل على الشفاعة .

قلت : يسن إبرار المقسم ، كما ذكر للحديث الصحيح[1] فيه ، وهذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة ، بأن تضمن ارتكاب محرم ، أو مكروه . ويكره السؤال بوجه الله ، وردّ من سأل به ، للحديث المعروف فيهما . *والله أعلم*

الرابع : يجوز تعقيب اليمين بالاستثناء وهو قوله : إن شاء الله تعالى ، فإن عقب ، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه ولا كفارة ، وهل نقول : انعقدت اليمين ؟ وجهان أحدهما : نعم ، لكن المشيئة مجهولة فلا يحنث نقله الروياني ، والثاني : لا ، نقله البغوي . ويشترط أن يتلفظ بالاستثناء ، وأن يقصد لفظه ، ويصله باليمين ، فلا يسكت بينهما إلا سكتة لطيفة لتذكر أو عي[2] أو تنفس كما ذكرنا في الطلاق ، وأن يقصد الاستثناء من أول اليمين ، فلو قصده في خلال اليمين ، فوجهان سبقا في الطلاق ، وممن صححه الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياني ، وممن منعه ابن القطان وابن المرزبان وابن كج . ولو قال : إن شاء الله

---

(١) وهو ما أخرجه البخاري ٣/٩٠ في الجنائز باب الأمر باتباع الجنائز ، ومسلم (٢٠٦٦) في اللباس من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع ، ونهانا عن سبع ، أمرنا باتباع الجنائز وعيادة المريض وإجابة الداعي ونصر المظلوم وابرار القسم ورد السلام وتشميت العاطس . . . . .

(٢) في الاصل : أو وعي .

والله : لأفعلن كذا ، أو : لا أفعل كذا ، صح الاستثناء ، وكذا لو قدم الاستثناء، في الطلاق والعتاق، وكذا لو قال : لفلانعلي إلا عشرةدراهم مائة درهم وفي هذه الصورة وجه ضعيف ، وقال القاضي أبو الطيب : لو قال : إن شاء الله أنت طالق وعبدي حر ، أو قال : إن شاء الله أنت طالق عبدي حر ، لم تطلق ولم يعتق ، لأن حرف العطف قد يحذف مع إرادة العطف • ومن هذا القبيل قولنا : التحيات المباركات الصلوات، وليكن هذا فيما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً ، فان أطلق فيشبه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى أم يعمهما(١) ؟ ولو قال : أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله فيجيء الخلاف في أنه يختص بالجملة الثانية أم يعمهما ؟ •

قلت : الصحيح التعميم في الصورتين **والله أعلم**

ولو قال : عبدي حر إن شاء الله ، أو امرأتي طالق ، ونوى صرف الاستثناء إليهما ، صح ذكره ابن كج • وكما يجوز أن يقدم الاستثناء ويؤخره، يجوز أن يوسطه • ولو قال : والله لأفعلن كذا إن لم يشأ الله أو إلا أن يشاء الله، ففيه خلاف كما سبق في نظيره في الطلاق، والأصح عند ابن كج في قوله : إلا أن يشاء الله أنه لا يحنث • وقال ابراهيم المروزي إن قال : والله لأفعلن إلا أن يشاء الله ولم يفعل ، حنث ، وإن قال : والله لأفعلن كذا إلا أن يشاء الله ، فلم يفعل ، لم يحنث ، وإن فعل حنث •

فرع

قال : والله لأدخلن هذه الدار اليوم إلا أن يشاء زيد ، وقصد إلا أن يشاء أن لا أدخلها ، فقد عقد اليمين على الدخول ، فان دخلها في ذلك اليوم أو لم يدخل وشاء زيد أن لا يدخل ، لم يحنث، وإن شاء أن يدخل

---

(١) في الأصل : يعمها .

فلم يدخل ، حنث ، وكذا لو لم يعرف مشيئة بأن جن ، أو أغمي عليه حتى مضى اليوم ، حنث هكذا نقله المزني عن النص ، ولو قال : والله لا أدخل إلا أن يساء زيد الدخول ، فان لم يدخل ، لم يحنث ، وإن دخل وقد شاء زيد دخوله قبل ذلك ، لم يحنث أيضاً ، وإن كان شاء أن لا يدخل ، حنث ، ولا تغني مشيئة الدخول بعد ذلك ، وإن لم يعرف مشيئته ، فرواية الربيع عن الشافعي أنه لا يحنث ، والروايتان مختلفتان والصورتان متشابهتان ، وللأصحاب فيهما طريقان ، أحدهما : القطع بالحنث ، وحمل رواية الربيع على ما إذا لم يحصل اليأس من مشيئة ، أو أنه رجع عنه ولم يعلم الربيع رجوعه . والثاني فيهما قولان : أظهرهما : يحنث ، لأن المانع من حنثه المشيئة وقد جعلناها ، والثاني لا ، للشك . ولو قال : والله لأدخلن إن شاء فلان ، إن دخل ، فاليمين معلقة بالمشيئة ، فلا ينعقد قبلها ولا حكم للدخول قبلها ، فان شاء انعقدت ، فان دخل بعده ، بر ، وإلا حنث . وينظر هل قيد الدخول بزمان أو أطلق ؟ وعند الاطلاق عمره وقت الدخول ، فان مات قبله ، حكمنا بالحنث قبل الموت، وإن شاء فلان أن لا يدخل أو لم يشأ شيئاً ، أو لم تعرف مشيئته ، فلا حنث لأن اليمين لم تنعقد ، وكذا لو قال : والله لا أدخل إن شاء فلان أن لا أدخل ، فلا تنعقد يمينه حتى يشاء فلان أن لا يدخل .

الخامسة : الحلف بالمخلوق مكروه كالنبي والكعبة وجبريل والصحابة والآل . قال الشافعي رحمه الله : أخشى أن يكون الحلف بغير الله[1] تعالى معصية . قال الأصحاب : أي حراماً وإثماً ، فأشار الى تردد فيه ، قال الامام : والمذهب القطع بأنه ليس بحرام ، بل مكروه . ثم من حلف بمخلوق لم تنعقد يمينه ولا كفارة في حنثه . قال الأصحاب فلو اعتقد الحالف في المحلوف به من التعظيم ما يعتقده في الله تعالى كفر ، وعلى هذا يحمل ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

(١) في الأصل : بالله .

« من حلف بغير الله تعالى فقد كفر » ، ولو سبق لسانه إليه بلا قصد لم يوصف بكراهة ، بل هو لغو يمين وعلى هذا يحمل ما ثبت في « الصحيحين » أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أفلح وأبيه إن صدق » .

السادسة : إذا قال إن فعلت كذا ، فأنا يهودي ، أو نصراني ، أو بريء من الله تعالى ، أو من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو من الإسلام ، أو من الكعبة ، أو مستحل الخمر أو الميتة ، لم يكن يميناً ولا كفارة في الحنث به ، ثم إن قصد بذلك تبعيد نفسه عنه لم يكفر ، وإن قصد به الرضا بذلك وما في معناه إذا فعله ، فهو كافر في الحال .

قلت : قال الأصحاب : وإذا لم يكفر في الصورة الأولى ، فليقل : لا إله إلا الله محمد رسول الله ويستغفر الله ، ويستدل بما ثبت في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف فقال في حلفه : باللات والعزى ، فليقل لا إله إلا الله » . ويستحب أيضاً لكل من تكلم بقبح أن يستغفر الله . وتجب التوبة من كل كلام قبيح محرم ، وستأتي صفة التوبة إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات . وقد ذكرت في آخر كتاب الأذكار جملا كثيرة من حكم الألفاظ القبيحة ، واختلاف أحوالها وطرق الخروج منها . **والله أعلم**

السابعة : قال أهل اللسان : حروف القسم ثلاثة الباء والواو والتاء المثناة فوق ، قالوا : والأصل الباء وهي من صلة الحلف ، كأن القائل يقول : حلفت بالله ، أو أقسمت بالله ، أو آليت بالله ، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود ، حذف الفعل ، ويلي الباء الواو ، لأن الباء تدخل على المضمر تقول : بك وبه لأفعلن ، كما تدخل في المظهر ، والواو تختص بالمظهر فتأخرت ، والتاء بعد الواو ، لأنها لا تدخل إلا على « الله » ، فاذا قال بالله ــ بالباء الموحدة ــ لأفعلن ، فإن نوى اليمين ، أو أطلق ، فهي يمين لاشتهار الصيغة بالحلف لغة وشرعاً .

وحكى ابن كج خلافاً فيما إذا أطلق ، والمذهب أنه يمين ، وبه قطع الأصحاب ، وإن نوى غير ذلك اليمين بأن قال : أردت بالله وثقت ، أو اعتصمت بالله أو أستعين أو أؤمن[1] بالله ثم ابتدأت لأفعلن ، فالمذهب وبه قطع العراقيون والبغوي والروياني وغيرهم : أنه ليس بيمين ، واستبعد الإمام هذا وجعله زللاً أو خللاً من ناسخ . ونقل أنه لو نوى غير اليمين وادعى التورية[2] لم يقبل فيما تعلق بحق آدمي ، وهل يدين باطناً؟ قيل : وجهان ، وقال القاضي حسين : لا يدين قطعاً ، لأن الكفارة تتعلق باللفظ المحرّم الذي أظهر ما يخالفه ، وأما قوله : والله ، فالمذهب أنه كقوله : بالله على ماذكرنا ، وأشار بعضهم الى القطع بأنه يمين بكل حال، ووجه المذهب أنه قد يريد به القائل والله المستعان ثم يبتدىء لأفعلن ، وليس في ذلك إلا لحن في الإعراب وسيأتي نظائره إن شاء الله تعالى . وأما إذا قال : تالله لأفعلن بالمثناة فوق ، فالمنصوص هنا وفي الإيلاء أنه يمين ، وعن نصه في القسامة أنه ليس بيمين ، وللأصحاب فيه طرق ، أحدها : العمل بظاهر النص . والثاني : فيهما قولان ، والثالث وهو المذهب وبه قال ابن سلمة وأبو اسحاق وابن الوكيل : القطع بأنه يمين . قالوا : ورواية النص في القسامة مصحفة إنما هي بالياء المثناة تحت ، لأن الشافعي رحمه الله علل ، فقال : لأنه دعاء وهذا إنما يليق بالمثناة تحت . ثم قيل أراد إذا قال يا الله على النداء أو قيل أراد يا لله بفتح اللام على الاستغاثة ، وهذا أشبه وأقرب الى التصحيف ، وقيل :ليست مصحفه ، بل هي محمولة على ما إذا قال له القاضي : قل : بالله ، فقال : تالله ، فلا يحسب ذلك ، لأن اليمين يكون على وفق التحليف ، وكذا

---

(١) في الأصل : أمن .
(٢) في الأصل : غير التورية .

لو قال : قل : بالله فقال : بالرحمن ، لا تحسب يمينه • وعكسه لو قال: قل : تالله بالمثناة فوق ، فقال : بالله الموحدة ، قال القفال : يكون يميناً ، لأنه أبلغ وأكثر استعمالاً ، ولو قال : قل : بالله، فقال : والله، قال الإمام : فيه تردد ، لأن الباء والواو لا تكادان تتفاوتان ، ولا يمتنع المنع للمخالفة • وهذا المعنى يجيء في مسألة القفال ، وهذا الخلاف إذا قال : تالله ولم يقصد اليمين ولا غيرها ، فان نوى غير اليمين ، فليس بيمين بلا خلاف ، صرح به العراقيون والروياني وغيرهم •

قلت : قال الدارمي : لو قال يا الله بالمثناة تحت ، أو فالله بالفاء ، أو آلله بالاستفهام ونوى اليمين ، فيمين ، وإلا فلا • والله أعلم

فرع

لو قال : والله لأفعلن برفع الهاء أو نصبها ، كان يميناً ، واللحن لا يمنع الانعقاد ، وقال القفال : في الرفع لا يكون يميناً إلا بالنية •

فرع

لو حذف حرف القسم ، فقال : الله لأفعلن كذا بجر الهاء أو نصبها أو رفعها ونوى اليمين ، فهو يمين ، وإن لم ينو ، فليس بيمين في الرفع على المذهب ، ولا في النصب على الصحيح ، ولا في الجر على الأصح ، لأن الرفع يحتمل الابتداء فيبعد الحنث ، ويقرب في الجر الاستعارة بالصلة الجارة ويليه النصب بنزع الجار •

فرع

لو قال : بله فشد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها ، فهو غير

ذاكر لاسم الله تعالى ولا حالف ، لأن البلة هي الرطوبة ، فلو نوى بذلك اليمين ، فقال الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي : هو يمين ويحمل حذف الألف على اللحن ، لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوام أو الخواص •

قلت : ينبغي أن لا يكون يميناً ، لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى أو صفته ، ولا يسلم أن هذا لحن ، لأن اللحن مخالفة صواب الاعراب ، بل هذه كلمة أخرى • والله أعلم

الثامنة : في ضبط ما يحلف به ، وفيه طريقان ، إحداهما وهي أقصرهما : أن اليمين إنما ينعقد إذا حلف بما مفهومه ذات الباري سبحانه وتعالى ، أو صفة من صفاته ، والثانية وهي أقرب إلى سياق « المختصر »[1] : أنها لاتنعقد إلا إذا حلف بالله ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته ، وأراد بالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد ، أو مضاف من أسمائه الحسنى ، وذلك كقوله : والذي أعبده ، أو أسجد له ، أو اصلي له ، والذي فلق الحبة ، أو نفسي بيده ، أو مقلب القلوب فتنعقد يمينه ، سواء اطلق أو نوى الله سبحانه وتعالى أو غيره ، وإذا قال قصدت غيره ، لم يقبل ظاهراً قطعاً ، وكذا لا يقبل أيضاً فيما بينه وبين الله على الصحيح المعروف في المذهب[2] ، وحكي فيه وجه ضعيف • وأما القسم الثاني ، وهو الحلف بالأسماء ، فالأسماء ثلاثة أنواع ، أحدها : ما يختص بالله تعالى ولا يطلق في حق غيره ، كالله والإله ، والرحمن ورب العالمين ، ومالك يوم الدين ، وخالق الخلق ، والحي الذي لايموت ، والأول الذي

(١) في الأصل : ساق المختصر .

(٢) في الأصل : المهذب .

ليس قبله شيء ، والواحد الذي ليس كمثله شيء ، فحكم الحلف به حكم القسم الأول ، وفي كتاب ابن كج : انه ليس في الأسماء صريح في الحلف إلا الله ، وهذا غريب ضعيف •

النوع الثاني : ما يطلق في حق الله وفي حق غير الله تعالى ، لكن الغالب استعماله في حق الله تعالى وأنه يقيد في حق غيره بضرب تقييد ، كالجبار والحق والرب والمتكبر والقادر والقاهر . فإن حلف باسم منها ونوى الله تعالى أو أطلق فيمين ، وإن نوى غير الله فليس بيمين والخالق والرازق والرحيم من هذا النوع على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وقيل من الأول •

النوع الثالث : ما يطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره ولا يغلب استعماله في أحد الطرفين كالحي والموجود والمؤمن والكريم والغني وشبهها ، فإن نوى به غير الله تعالى ، أو أطلق فليس بيمين ، وإن نوى الله تعالى ، فوجهان : أحدهما يمين ، وبه قطع صاحب « المهذب » و « التهذيب » ، وفي شرح الموفق بن طاهر أن صاحب « التقريب » وأبا يعقوب قطعا به ، ونقلاه عن شيوخ الأصحاب ، والثاني وهو الأصح وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وسائر العراقيين والإمام والغزالي : لا يكون يميناً ، لأن اليمين إنما تنعقد باسم معظم ، والأسماء التي تطلق في حق الخالق والمخلوق إطلاقاً واحداً ليس لها حرمة ولا عظمة •

قلت : الأصح أنه يمين ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » وصاحب « التنبيه » والجرجاني وغيرهما من العراقيين لأنه اسم يطلق على الله وقد نواه ، وقولهم : ليس له حرمة مردود • والله أعلم

والسميع والبصير والعليم والحكيم من هذا النوع ، لا من الثاني على الأصح ، فقد عد البغوي العالم من هذا النوع • واعلم أن ابن كج

نقل وجهاً أن الحلف بأي اسم كان من الأسماء التسعة والتسعين المذكورة في الحديث صريح ، ولا فرق بين بعضها وبعض ، وهذا غريب • وأما القسم الثالث : فالحلف بالصفات • فمتكلم في صور :

منها : إذا قال : وحق الله لأفعلن كذا، فإن نواى به اليمين، فيمين، وإن نوى غيرها من العبادات وغيرها ، فليس بيمين ، وإن أطلق فوجهان . أحدهما : ليس بيمين ، حكي عن المزني وأبي اسحاق ، واختاره الإمام والغزالي ، والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور أنه يمين ، لأنه غلب استعماله في اليمين ، فتصير هذه القرينة صارفة للفظ الى معنى استحقاق الالهية والعظمة وقال المتولي : ولو قال وحق الله بالرفع ونوى اليمين فيمين . وإن أطلق ، فلا ، وإن قاله بالنصب وأطلق فوجهان: والذي أجاب به البغوي المنع في النصب ايضاً •

ومنها : قوله وحرمة الله ، وهو كقوله وحق الله ، وقيل هو كقوله وعظمة الله ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى •

ومنها : قوله وقدرة الله ، وعلم الله ، ومشيئة الله ، وسمع الله . وبصر الله فهذه صفات قديمة ، فإن نوى بها اليمين ، أو أطلق انعقدت يمينه ، وإن أراد بالعلم المعلوم ، وبالقدرة المقدور قبل قوله ، ولم يكن يميناً ؛ لأن اللفظ محتمل له ، ولهذا يقال في الدعاء : اغفر علمك فينا ، أي معلومك ، ويقال : انظر الى قدرة الله أي مقدوره ، فيكون كقوله : ومعلوم الله ، ومقدوره ، وخلق الله ، وذلك ليس بيمين ، وبمثله أجاب الإمام في :إحياء الله تعالى ، وإن قال:وعظمة الله وكبرياء الله وعزته وجلاله وبقائه ، فالحكم كما في العلم والقدرة ، ولم يفرقوا بين الصفات المعنوية الزائدة على الذات وغيرها ، هذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور في هذه الصفات ، وحكى الإمام وجهان : أن الحلف بهذه الصفات كالحلف بالله ؛ حتى لو قال أردت غير اليمين ، لا يقبل ظاهراً • ووجهاً أنه إن أراد

غير اليمين ، يقبل في العلم والقدرة ، للاحتمال المذكور ، ولا يقبل في العظمة والجلال والكبرياء إذ لا يتخيل فيها مثل ذاك الاحتمال ، وضعف هذا ، وقال : قد يقال عاينت عظمة الله وكبرياءه ، ويريد مثل ذلك ، ومنها لو قال وكلام[1] الله ، انعقدت يمينه ، قال البغوي : وكذا لو قال : وكتاب الله وقرآن الله ، قال ابراهيم المروزي : وكذا لو قال : والقرآن أو والمثبت[2] في المصحف ، قال المتولي : وإن حلف بالمصحف نظر ، إن قال : وحرمة ما هو مكتوب فيه ، فهو يمين ، وكذا لو قال : وحرمة هذا المصحف ، لأن احترامه لما هو مكتوب فيه ،وإذا أراد الرق والجلد لم يكن يميناً .

ت : لم يتعرض لما إذا قال : والمصحف ، وأطلق ، وهو يمين ، صرح به بعض الأصحاب ، وبه أفتى الإمام أبو القاسم الدولعي[3] خطيب دمشق ، من متأخري أصحابنا ، قال : لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظ في الصدور ، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد ، ويؤيده أن الشافعي رضي الله عنه ، استحسن التحليف بالمصحف ، واتفق الأصحاب عليه ، ولو لم ينعقد اليمين به عند الاطلاق لم يحلف به . والله أعلم

ولو قال : والقرآن ، وأراد غير اليمين لم يكن يميناً ، فقد يراد بالقرآن الخطبة والصلاة .

التاسعة : إذا قال : أقسم بالله ، أو أقسمت بالله ، أو أحلف بالله ، أو حلفت بالله فله أحوال :

---

(١) في الأصل : كلام بلا واو .

(٢) في الأصل : المثبت دون الواو .

(٣) هو عبد الملك بن زيد بن ياسين التعلبي الدولعي ، فقيه شافعي من أهل الدولعية من قرى الموصل ، تفقه ببغداد وانتقل الى الشام فولي الخطابة وتدريس الغزالية بدمشق ، وتوفي عام ٥٩٨ هـ . (طبقات الشافعية : ٤/٢٦١)

أحدها : أن يقول أردت بالأول الوعد بالحلف ، وبالثاني الإخبار عن ماض ، فيقبل باطناً ، وأما في الظاهر ، فإن علم له يمين ماضية قبل قوله في إرادتها بأقسمت وحلفت بلا خلاف ، وإلا فالنص أنه يقبل أيضاً قوله في ارادة الوعد والإخبار ، وقال في الإيلاء : إذا قال : أقسمت بالله لا وطئتك ، ثم قال : أردت يميناً ماضية لم يقبل ، وللأصحاب فيها ثلاثة طرق ، المذهب في أن في الايلاء وسائر الأيمان قولين أظهرهما : القبول ، لظهور الاحتمال . والثاني : المنع ، لظهوره في الإنشاء ، والطريق الثاني : القطع بالمنع ، وحمل ما ذكره هنا على القبول باطناً ، والثالث : تقرير النصين ، والفرق أن الايلاء متعلق حق المرأة ، وحق الآدمي مبني على المضايقة ، وسائر الأيمان واجبها الكفارة ، وهي حق الله تعالى •

الحال الثاني : أن يقول : أردت اليمين ، فيكون يميناً قطعاً •

الحال الثالث : أن يطلق ، فالمذهب عند الجمهور أنه يمين ، وخالفهم الإمام في الترجيح ، وقيل : وجهان ، وقيل : قولان ، وقيل : أقسم صريح ، بخلاف أقسمت ، وهو ضعيف •

قلت : لو قال : آليت أو أؤلي ، فهو كحلف أو أحلف ، ذكره الدارمي . وهو ظاهر **والله أعلم**

العاشرة : إذا قال أشهد بالله أو شهدت بالله ، فإن نوى اليمين ، فيمين ، وإن أراد غير اليمين ، فليس بيمين ، وإن أطلق : فالمذهب أنه ليس بيمين ، لتردد الصيغة ، وعدم اطراد عرف شرعي أو لغوي ، ونقل الإمام هذا عن العراقيين ، وبه قال ابن سلمة •

فرع

لو قال أعزم بالله ، أو عزمت بالله ، لأفعلن ، فإن نوى غير اليمين ، أو أطلق ، فليس بيمين ، وإن نوى اليمين فيمين •

فرع

لو قال : أقسم أو أقسمت ، أو أحلف او حلف ، او اشهد او شهدت ، او اعزم او عزمت لأفعلن كذا ، ولم يقل بالله ، لم يكن يميناً ، وإن نوى اليمين ، لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا بصفته .

فرع

لو قال الملاعن في لعانه : أشهد بالله وكان كاذباً هل يلزمه الكفارة ؟ وجهان أصحهما : نعم ، والخلاف شبيه بالخلاف في وجوب الكفارة على المؤلي إذا وطيء ، قال الإمام : والصورة مفروضة فيما اذا زعم أنه قصد اليمين أو أطلق ، وجعلنا مطلقه يميناً ، قال : ويمكن أن يجيء الخلاف وإن قصد غير اليمين ، لأن ألفاظ اللعان معروضة عليه في مجلس الحكم، ولا أثر للتورية في مجلس الحكم .

الحادية عشرة : إذا قال : وايم الله ، أو وايمن الله لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين فيمين ، وإن أطلق فليس بيمين ، على الأصح ، لأنه وإن كان مشهوراً في اللغة فلا يعرفه إلا خواص الناس ، قال الأصحاب : ولو قال : لاها الله[1] ولم ينو اليمين فليس بيمين ، وإن كان مستعملا في اللغة، لعدم اشتهاره .

قلت : وقوله : وايم الله بكسر الميم وضمها والضم أشهر ، ولاها الله بالمد والقصر ، وإن نوى به اليمين كان يميناً قطعاً . *والله أعلم*

---

(١) ومنه قول أبي بكر رضي الله عنه كما في « صحيح البخاري » ٣٠/٨ : لاها الله ... قال الجوهري : « ها » للتنبيه ، وقد يقسم بها ، يقال : لاها الله ما فعلت كذا . وقال ابن مالك : فيه شاهد على جواز الاستغناءعن القسم بحرف التنبيه ... ولا يكون ذلك إلا مع الله ، أي : لم يسمع : « لاها الرحمن » كما سمع : « لا والرحمن » .

الثانية عشرة : إذا قال : لعمر الله لأفعلن . إن نوى فيمين ، وإن أطلق فلا ، على الأصح .

الثالثة عشرة : إذا قال : علي عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالته لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين فيمين ، والمراد من عهد الله استحقاقه لإيجاب ما أوجبه علينا ، أو تعبدنا[1] به ؛ وإن أراد غير اليمين ، كالعبادات ، فليس بيمين ، وإن اطلق فوجهان ، قال أبو إسحاق : يمين للعادة الغالبة ، والأصح المنع ، لتردد اللفظ ، وقد فسرت الأمانة في قول الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة)[2] بالعبادة ، وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ . انعقدت يمين واحدة ، والجمع بين الألفاظ تأكيد ، كقوله : والله الرحمن الرحيم لا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة ، ولك أن تقول : إن قصد بكل لفظ يميناً ، فليكن ، كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً .

قلت : هذا الذي استدركه الرافعي رحمه الله صحيح موافق للنقل ، قال الدارمي قال ابن القطان : إذا نوى التكرار ، ففي تكرار الكفارة القولان فيمن حلف على الفعل الواحد مراراً ، وطرده في قوله : والله الرحمن الرحيم . والله أعلم

أما إذا قال : وعهد الله ، وميثاق الله ، وأمانة الله ، فقال المتولي : إن نوى اليمين فيمين ، وإن أطلق فلا .

قلت : قد ذكر الرافعي نذر اللجاج والغضب في هذا الموضع ، وقد قدمته في كتاب النذور .

---

(١) في الأصل : وتعبدنا .

(٢) الأحزاب : ٧٢

الباب الثاني في كفارة اليمين(1)

فيه ثلاثة أطراف :

الأول : في سبب الكفارة . وهي واجبة على من حنث . وفي سبب وجوبها وجهان : الصحيح عند الجمهور أنه اليمين والحنث جميعاً ، والثاني أنه اليمين فقط ، ولكن الحنث شرط .

فصل

يجوز التكفير قبل الحنث إن كفر بغير الصوم ولم يكن الحنث معصية . ويستحب أن يؤخر التكفير عن الحنث . ليخرج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وإن كفر بالصوم فالصحيح المشهور أنه لا يجوز تقديمه على الحنث ؛ وفيه وجه . وقول قديم أنه يجوز ؛ وإن كان الحنث بمعصية بأن حلف لايزني فهل يجزئه التكفير قبله ؟ وجهان : أصحهما عند الاكثرين نعم . ولو قال : أعتقت هذا العبد عن كفارة يميني إذا حنثت . عتق العبد عن الكفارة إذا حنث بخلاف ما لو قال : أعتقته عن الكفارة إذا حلفت . فإنه لا يجزئه عن الكفارة . لأنه قدم التعليق على اليمين . وفي الصورة السابقة قدمه على الحنث فقط . ولو قال : إذا حنثت في يميني غداً ، فهو حر عن كفارتي ، فإن حنث غداً . عتق عن الكفارة . وإلا لم يعتق ؛ لأن المعلق عليه لم يوجد . ولو قال : أعتقته عن كفارة يميني إن حنثت ، ثم بان أنه حنث . عتق عن الكفارة . وإلا لم يعتق . ولو قال : أعتقته عن كفارة يميني إن حلفت وحنثت . فبان حالفاً قال البغوي : ينبغي ألا يجزئه ؛ لأنه شاك في اليمين . وفي الصورة السابقة الشك في الحنث ، والتكفير قبل الحنث جائز ؛ وعلى قياسه لو قال : هو حر عن ظهاري إن ظاهرت . فبان أنه ظاهر . ينبغي أن لا يجوز .

---

(1) في الأصل : في الكفارة .

فرع

أعتق عبداً عن الكفارة قبل الحنث ، ثم ارتد العبد ، أو مات قبل الحنث ، لم يجزئه عن الكفارة ، كما لو عجل الزكاة ، ثم ارتد المدفوع إليه قبل تمام الحول ، وتغير الحال في التكفير قبل الحنث كهو في تعجيل الزكاة ، قال البغوي : ويحتمل أن يجزئه إذا ارتد أو مات ، كما لو ماتت الشاة المعجلة قبل الحول .

فرع

يجوز تقديم كفارة القتل على الزهوق بعد حصول الجرح ، وتقديم جزاء الصيد على الزهوق بعد جرح الصيد ، هذا هو المذهب ، وقيل : فيهما الخلاف ، في تقديم الكفارة على الحنث المحرم ، لأن سراية فعله كفعله ، وهو حرام ، وهذا ليس بشيء ، قال الإمام : وقياسه أن يقال : لو حلف[1] لا يقتل زيداً فجرحه وكفر عن اليمين قبل حصول الزهوق ، ففي الإجزاء الوجهان . قال : وهو بعيد ، ثم هذا في التكفير بالإعتاق ، وأما الصوم فلا يقدم على الصحيح كما سبق ، ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بحال لا في الآدمي ولا في الصيد ، وفيه احتمال لابن سلمة ، تنزيلا للعصمة منزلة أحد السببين ، وحكى ابن كج وجهاً في جواز التقديم على جرح الصيد ، ووجهاً أنه إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة لم يجز ، وإن اضطر الصيد إليه جاز ، والمذهب الأول .

فرع

التكفير عن الظهار بالمال بعد الظهار وقبل العود جائز على المذهب ، وقيل : فيه الخلاف في الحنث المحرم وليس بشيء لأن العود ليس بحرام ، ويتصور التكفير بين الظهار والعود ، فيما اذا ظاهر من رجعية ، ثم كفر ،

---

(١) في الأصل : حلفت .

ثم راجعها ، وفيما اذا ظاهر ثم طلق رجعياً ، ثم كفر ثم راجع أو طلق بائناً وكفر ثم نكحها ،وقلنا : يعود الحنث فيما إذا ظاهر مؤقتاً وصححنا ، وكفر وصار عائداً بالوطء ؛ وفيما إذا ظاهر وارتدت الزوجة عقبه . فكفر ثم أسلمت ثم صار عائداً ؛ وأما إذا ظاهر وأعتق على الاتصال عن ظهاره، فهذا ليس بتكفير قبل العود ؛ بل هو تكفير مع العود . لأن اشتغاله بالإعتاق عود والحكم الإجزاء أيضاً .

فرع

لا يجوز تقديم كفارة الجماع في شهر رمضان ؛ ولا في الحج والعمرة على الجماع ، وقيل : يجوز لكفارة اليمين ؛ والصحيح الأول ، لأن هذه الكفارة لا تنسب الى الصوم والإحرام بل إلى الجماع . وتلك تنسب الى اليمين ، وكذا لا يجوز تقديم فدية الحلق والتطيب واللبس عليها ، فان وجد سبب يجوز فعلها ؛ بأن احتاج إلى الحلق أو التطيب لمرض أو اللبس لبرد جاز التقديم على الأصح .

فرع

يجوز تعجيل المنذور إذا كان مالياً ، بأن قال : إن شفى الله مريضي، أو رد غائبي، فلله علي أن أعتق أو أتصدق بكذا ؛ فيجوز تقديم الإعتاق والتصدق على الشفاء ورجوع الغائب ؛ وفي فتاوى القفال ما ينازع فيه .

فرع

الحامل والمرضع إذا شرعتا في الصوم ثم أرادتا الافطار ؛ فأخرجتا الفدية قبل الإفطار جاز على الأصح ، وعلى هذا ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان : كتعجيل زكاة عامين .

فصل

تكره اليمين إلا إذا كانت في طاعة كالبيعة على الجهاد ، ويستثنى أيضاً الأيمان الواقعة في الدعاوى ، إذا كانت صادقة ، فإنها لا تكره .

قلت : وكذا لا يكره إذا دعت إليه حاجة كتوكيد كلام أو تعظيم أمره . كقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح : « فوالله لايمل الله حتى تملوا » وفي الحديث الآخر ، « والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيراً » وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة **والله أعلم**

ثم إن حلف على فعل واجب . أو ترك حرام ، فيمينه طاعة ، والإقامة عليها واجبة ، والحنث معصية . وتجب به الكفارة ، وإن حلف على ترك واجب ، أو فعل حرام ، فيمينه معصية ، ويجب عليه أن يحنث ويكفر . وإن حلف على فعل نفل كصلاة تطوع ، وصدقة تطوع ،فالاقامة على ذلك طاعة ، والمخالفة مكروهة ، وإن حلف على ترك نفل ، فاليمين مكروهة والإقامة عليها مكروهة ، والسنة أن يحنث ، وعدالشيخ أبو حامد وجماعة من هذا القبيل ، ما إذا حلف لا يأكل طيباً ، ولا يلبس ناعماً . وقالوا : اليمين عليه مكروهة ، لقول الله تعالى : (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق)[1] واختار القاضي أبو الطيب أنها يمين طاعة ، لما عرف من اختيار السلف خشونة العيش ، وقال ابن الصباغ : يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس ، وقصودهم وفراغهم للعبادة . وإشغالهم بالضيق والسعة ، وهذا أصوب / وإنحلف على مباح ، لا يتعلق به مثل هذا الغرض ، كدخول دار ، وأكل طعام ، ولبس ثوب ، وتركها ، فله أن يقيم على اليمين ، وله أن يحنث ، وهل الأفضل الوفاء باليمين ؟ أم الحنث ؟ أم يتخير بينهما ولا ترجيح كما كان

(١) الأعراف : ٣٢ .

قبل اليمين ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول . وبه قال أبو علي الطبري ، واختاره الصيدلاني . وابن الصباغ ، والغزالي وغيرهم ، لقول الله تعالى : (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها)(١) ولما فيه من تعظيم اسم الله تعالى ، وقد حصل مما ذكرناه أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عما كان ، وجوباً وتحريماً وندباً وكراهة وإباحة .

الطرف الثاني : في كيفية كفارة اليمين . وهي مختصة باشتمالها على تخيير في الابتداء ، وترتيب في الانتهاء ، فيتخير الحالف بين أن يطعم عشرة مساكين . أو يكسوهم . أو يعتق رقبة ، فإن اختار الإطعام . أطعم كل واحد مداً ، والقول في جنس الطعام ، وكيفية إخراجه ، ومن يصرف إليه ، وامتناع إخراج القيمة ، وصرف الأمداد العشرة الى بعض ، وسائر المسائل على ما سبق في الكفارات . وإن اختار الكسوة ، كساهم على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن اختار الاعتاق ، فلتكن الرقبة بالصفات المذكورة في الكفارات . ولو أطعم بعض العشرة ، وكسا بعضهم ، لم يجزه ، كما لا يجوز أن يعتق نصف رقبة ، ويطعم أو يكسو خمسة . ولو أطعم عشرة ، وكسا عشرة ، وأعتق رقبة ، أو أطعم ثلاثين مسكيناً ، أو كساهم عن ثلاث كفارات ولم يعين ، أجزأه عنهن ، فإن عجز عن الخصال الثلاث صام ثلاثة أيام ، والقول فيما يحصل به العجز ذكرناه في الكفارات ، ومن له أن يأخذ سهم الفقراء أو المساكين من الزكوات ، أو الكفارات ، له أن يكفر بالصوم ، لأنه فقير في الأخذ ، فكذا في الإعطاء ، وقد يملك نصاباً ، ولا يفي دخله بخرجه ، فيلزمه الزكاة وله أخذها والفرق بين البابين أنا لو أسقطنا الزكاة خلا النصاب عنها بلا بدل ، وللتكفير بالمال بدل ، وهو الصوم . وهل يجب التتابع في صوم الثلاثة ؟ قولان : أظهرهما : عند الأكثرين لا ، قال الإمام : وهو الجديد ، فإن أوجبناه ، فالفطر في اليوم الثاني أو الثالث بعذر المرض أو السفر على الخلاف في

---

(١) النحل : ٩١ .

كفارة الظهار ، والحيض هنا يقطع التتابع ، لإمكان الاحتراز عنه بخلاف الشهرين ، وقيل : لا يقطعه كالشهرين ، وقيل قولان : كالمرض ، والمذهب الأول ، فان كانت لم تحض قط ، فشرعت في الصوم ، فابتدأها الحيض، فهو كالمرض .

فرع

تجب في الكسوة التمليك ، والواجب ثوب قميص ، أو سراويل ، أو عمامة ، أو جبة أو قباء ، أو مقنعة أو إزار ، او رداء ، او طيلسان ، لأن الاسم يقع على كل هذا . وحكي قول : أنه يشترط ساتر العورة ، بحيث تصح الصلاة فيه ، فتختلف الحال بذكورة الآخذ وأنوثته : فيجزىء الإزار إن أعطاه لرجل ، ولا يجزىء إن أعطاه لامرأة ، والمشهور الأول .

قلت : ويجزىء المنديل ، صرح به أصحابنا ، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد ، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل والعمامة يجزىء . **والله أعلم**

وأما الثوب الصغير الذي يكفي لرضيع وصغير دون كبير ، فإن أخذه الولي لصغير ، جاز ، لأن صرف طعام الكفارة وكسوتها للصغار جائز كما في الزكاة ، ويتولى الولي الأخذ ، وإن أخذه كبير لنفسه ، جاز على الأصح ، وبه قال القاضي حسين ، لأنه لا يشترط أن يلبس الآخذ ما يأخذه ، ولهذا يجوز أن يعطي الرجل كسوة المرأة ، وعكسه ، ولا يشترط المخيط ، بل يجوز دفع الكرباس ، ويستحب أن يكون جديداً ، خاماً كان أو مقصوراً ، فإن كان ملبوساً ، نظر : إن تخرق أو ذهبت قوته لمقاربة الانمحاق ، لم يجزئه ، كالطعام المعيب ، وإن لم ينته الى ذلك الحد أجزأه ، كالطعام العتيق ، لا يجزىء المرقع إن رقع للتخرق

والبلى ، إن خيط في الابتداء مرقعاً لزينة وغيرها أجزأه ، ولو كساه ثوباً لطيفاً ، مهلهل النسج ، غير بال في جنسه ، لكن مثله إذا لبس لا يدوم ، إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي ، قال الإمام : يظهر أنه لا يجزىء لضعف النفع فيه ، وأما الجنس فيجزىء المتخذ من صوف وشعر وقطن وكتان وقز وابريسم ، سواء كان المدفوع إليه رجلاً لا يحل له لبسه ، أو امرأة ، وفي الرجل وجه تضعيف ، وسواء في كل جنس ، الجيد والرديء والمتوسط ، وللقاضي حسين احتمال في اشتراط الكسوة الغالبة في البلد ، كالطعام ، وفي الدرع والمكعب وهو المداس والنعل والجوارب والخف والقلنسوة والتبان وهو سراويل قصيرة لا تبلغ الركبة ، فوجهان : أصحهما : المنع ، لعدم اسم الكسوة ، والثاني : الإجزاء ، لإطلاق اسم اللبس ، ومنهم من قطع بالمنع في الخف والنعل والجوارب ، ولا تجزىء المنطقة والخاتم قطعاً ، وكذا التكة على المذهب ، وفي « جمع الجوامع » للروياني : طرد الخلاف فيها ، قال الصيدلاني : ويجزىء قميص اللبد في بلد جرت عادة غالب الناس أو نادرهم بلبسه •

قلت : قال الدارمي : فإن دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها ، لم يجزه • **والله أعلم**

الطرف الثالث : فيمن تلزمه الكفارة ، وهو كل مكلف حنث في يمينه ، سواء فيه الحر والعبد ، والمسلم والكافر ، فإن مات قبل إخراجها ، أخرجت من تركته •

فصل

العبد يكفر عن اليمين وغيرها بالصوم ، لأنه لا يملك على الأظهر ، وإن قلنا يملك بتمليك سيده ، فإن أطلق التمليك ، لم يملك إخراج الكفارة بغير إذن سيده ، وإن ملكه الطعام أو الكسوة ليخرجه في

الكفارة ، أو ملكه مطلقاً ثم أذن له في ذلك ، كفر بالإطعام أو الكسوة . وقد ذكرنا ذلك في الكفارات ؛ وذكرنا أنه لو ملكه عبداً ليعتقه عن الكفارة لم يقع عن الكفارة على المذهب ، وبناه الإمام على أنه لو ملكه عبداً ، وأذن في إعتاقه متبرعاً ، فلمن الولاء فيه ؟ أقوال . أحدها : للسيد ، لقصور العبد عن استحقاق حقوق الولاء من الإرث والولاية . والثاني ؛ يوقف . فإن عتق العبد ، بان أن الولاء له ، وإن مات رقيقاً ، فلسيده . والثالث : للعبد ، فعلى هذا ، إن أذن له في الإعتاق عن الكفارة ؛ وقع عنها ، وثبت له الولاء ، وإن قلنا الولاء للسيد ؛ وقع العتق له على الاصح ، وكأن الملك انقلب إليه ، وفي وجه وقول : يقع عن العبد ؛ ويجزئه عن الكفارة ؛ ويختص التعذر بالولاء ، وان قلنا بالتوقف في الولاء ، فوجهان : قال القفال : تجزىء عن الكفارة ، وقال الصيدلاني ؛ والقاضي حسين : يتوقف في الوقوع عن الكفارة ، تبعاً للولاء ؛ فاذا قلنا في هذه التفاريع ؛ يقع العتق عن الكفارة فأذن السيد في الاعتاق في كفارة مرتبة ؛ فهل له أن يكفر بالصوم لضعف ملكه ؟ فيه احتمالان للامام ؛ لأنه لا يعد موسراً ، ولهذا ينفق على زوجته نفقة المعسر ، وإن ملكه السيد أموالا عظيمة . ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن سيده ؛ وصححنا تبرعاته بإذن سيده ، قال الصيدلاني : الذي ذكره الأصحاب أنه تبرأ ذمته عن الكفارة ، وعندي أن الأمر موقوف ، فقد يعجز ؛ فيرق ؛ فيكون الولاء موقوفاً ، فيجب التوقف في الكفارة ؛ ولو كفر السيد عن العبد باطعام ؛ أو كسوة ؛ أو اعتاق باذنه ؛ فهو على الخلاف في أنه يملك بالتمليك بتفريعه ؛ وإذا كفر بالصوم ، فهل يستقبل به ؟ أم يحتاج إلى إذن السيد ؟ فيه خلاف وتفصيل ، سبق في الكفارات . وحيث يحتاج ، فللسيد منع الأمة من الصوم ، لأنه يفوت الاستمتاع ؛ والكفارة على التراخي ، وله منع العبد عن الصوم إن كان

يضعف به عن الخدمة ، أو يناله ضرر ، وإلا فلا منع على الأصح . وعلى هـذا لا يمنعه من صوم التطوع ، وصلاة التطوع ، في مثل هـذه الحالة في غير زمان الخدمة ، كما لا يمنعه من الذكر ، وقراءة القرآن ، في ترددانه ، وحيث احتاج إلى الاذن ، فصام بلا إذن ، أجزأه ، كما لو صلى الجمعة بلا إذن . ولو مات العبد ، وعليه كفارة يمين ، فللسيد أن يكفر عنه بالاطعام ، وإن قلنا : لا يملك بالتمليك ، لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه ، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك ، ولأنه ليس للميت ملك محقق ، ولأن الرق لا يبقى بعد الموت ، فهو والحر سواء ، هذا ما قطع به الأصحاب ، وفيه احتمال للامام ، فعلى الأول : لو أعتق عنه ، لم يجزئه ، على الأصح ، لما ذكرنا من اشكال الولاء .

فصل

في الحر يموت وعليه كفارة . فتخرج من تركته . سواء أوصى بها أم لا ، وسبيلها سبيل الديون ، وذكرنا في كتاب الوصية وجهاً : أنه إن أوصى بها ، حسبت من الثلث ، ووجهاً : أنها من الثلث ، وإن لم يوص ، والصحيح الأول ، وإذا وفت التركة بحقوق الله تعالى وحقوق الآدمي ، قضيت جميعاً ، وان لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها بالذمة ، قدم المتعلق بالعين ، سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما ، وان اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين أو الذمة ، فهل يقدم حق الله تعالى ؟ أم الآدمي ؟ أم يستويان ؟ فيه ثلاثة أقوال ، سبقت في مواضع ، أظهرها الأول ، ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس ، اذا اجتمع النوعان ، بل تقدم حقوق الآدمي . وتؤخر حقوق الله تعالى ، ما دام حيا ، وان كانت الكفارة مرتبة أعتق عنه الوارث ، وكذا لو أوصى

الوصي ويكون الولاء للميت ، فان تعذر الاعتاق ، أطعم من التركة ، وان كانت كفارة تنجيز ، جاز الاطعام والكسوة من التركة ، وكذا الاعتاق على الأصح ، والواجب من الخصال أقلها قيمة ، فان لم تكن تركة فتبرع أجنبي بالاطعام او الكسوة عنه من مال نفسه ، جاز على الأصح ، فان تبرع بهما الوارث ، جاز على الصحيح ، وقيل : لا ، لبعد العبادات عن النيابة ، وإن تبرع الاجنبي بالاعتاق في كفارة التنجيز ، لم يصح على المذهب ، لعلتين ، إحداهما : سهولة التكفير بغير اعتاق ، ولا يعتق لما فيه من عسر إثبات الولاء ، والثانية : فيه إضرار بأقارب الميت ، لأنهم يؤاخذون بجناية عتيقه ، فان كان المعتق وارثاً ، جاز على العلة الثانية دون الاولى، وفي الكفارة المرتبةللوارث أن يتبرع بالاعتاق، وكذا للاجنبي على الأصح ، بناء على العلة الاولى ، وفي صوم الولي والأجنبي خلاف ، سبق في الصيام ، وإذا أوصى بأن يعتق عنه في كفارة التنجيز وزادت قيمة العبد على قيمة الطعام والكسوة ، فثلاثة أوجه أضعفها : يتعين الاعتاق ، وتحسب قيمة العبد من رأس المال ، والثاني : تحسب قيمة العبد من الثلث ، لأن براءة الذمة تحصل بلزومها ، فعلى هذا إن وفى الثلث بقيمة عبد مجزىء ، أعتق عنه ، وإلا بطلت الوصية، وعدل الى الاطعام والكسوة ، وهذا الوجه أصح ، وهو ظاهر النص • والثالث : تحسب قيمة أقلها قيمة من رأس المال ، والزيادة الى تمام قيمة العبد من الثلث ، فان وفى ثلث الباقي مضموماً الى الأقل المحسوب من رأس المال بقيمة عبد ، أعتق عنه ، والا بطلت الوصية ، وعدل إلى الاطعام والكسوة •

فرع

من بعضه حر وبعضه رقيق ، إن كان معسراً ، كفر بالصوم ، وإن كان موسراً فوجهان ، وإن شئت قلت : قولان ، منصوص ومخرج ،

الصحيح المنصوص لا يكفر بالصوم ، بل يطعم ويكسو ، والمذهب : أنه لا يكفر بالاعتاق لتضمنه الولاية والارث ، وليس هو من أهلها ، وقيل : في تكفيره بالعتق قولان ، كاعتاق المكاتب باذن سيده عن كفارته ، وهو ضعيف ، وخرج المزني أنه يكفر بالصوم ، وصوبه ابن سريج ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث فيما يقع به الحنث

الأصل المرجوع اليه في البر والحنث ، اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين ، وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص ، بنية تقترن به ، أو باصطلاح خاص ، أو قرينة ، والصور التي تدخل في الباب لا تتناهى، لكن تكلم الشافعي والأصحاب رحمهم الله في أنواع تغلب ويكثر استعمالها ، ويقاس عليها غيرها ، وفيه أنواع :

الأول : الدخول والمساكنة ، وفيه مسائل : إحداها : لو حلف لا يدخل الدار ، حنث بالحصول في عرصة الدار ، وأبنيتها من البيوت والغرف وغيرها ، فان صعد سطحها ، بأن تسور جدارها ، أو جاء من دار الجار لم يحنث ، إن كان السطح غير محوط ، ولا عليه سترة ، فان كان فوجهان ، الأصح وظاهر النص : لا يحنث أيضا ، كما لو حصل على الجدار ، والثاني : إن كان التحويط من الجوانب الأربعة ، حنث ، وإن كان من جانب ، فلا ، وإن كان من الجانبين ، أو ثلاثة ، فوجهان مرتبان . هذا إذا لم يكن السطح مسقفاً ، فان كان مسقفاً كله أو بعضه حنث قطعاً إذا كان يصعد إليه من الدار ، لأنه من أبنية الدار ، ولو حلف ليخرجن من الدار ، فهل يبر بصعود السطح ، وجهان ، أحدهما : لا ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه لا يعد خارجاً حتى يفارق السطح، وأصحهما نعم ، وبه قال القاضي حسين ، لأنه يصح أن يقال : ليس هو

في الدار ، وإذا لم يكن فيها كان خارجاً ويؤيده : أن ابن الصباغ حكى عن الأصحاب ، أنه : لو حلف لا يخرج من الدار ، فصعد سطحها ، حنث ، ولا يخفى أنه ينظر في الخروج أيضاً إلى كون السطح محوطاً أو غيره[1] ، ولو حلف لا يدخل ، فدخل الطاق المضروب خارج الباب لم يحنث ، على الأصح ، لأنه لا يقال : دخل الدار ، والثاني : يحنث ، لأنه من الدار ، ولهذا يدخل في بيعها ، فلو دخل الدهليز خلف الباب ، أو بين البابين حنث ، لأنه من الدار ، وحكى الفوراني نصاً ان داخل الدهليز لا يحنث ، وحملوه على الطاق خارج الباب ، وأشار الامام الى إثباته قولا في الدهليز ، وقال : لا يبعد أن يقال : دخل الدهليز ولم يدخل الدار ، وجعل المتولي الدرب المختص بالدار أمام البيت ، إذا كان داخلا في حد الدار ، ولم يكن في أولها باب كالطاق ، قال : فان كان عليه باب ، فهو من الدار مسقفاً كان أو غيره •

فرع

حلف لا يدخل الدار ، وهو فيها ، لا يحنث بالمكث ، وحكي قول ، ووجه أنه يحنث ، والمشهور الأول ، وعليه نص في حرملة[2] ، ولو حلف لا يخرج وهو خارج ، لا يحنث بترك الدخول ، وكذا لو حلف لا يتزوج وهو متزوج ، أو لا يتطهر وهو متطهر ، أو لا يتوضأ وهو متوضيء ، فاستدام النكاح والطهارة والوضوء لا يحنث • ولو حلف لا يلبس وهو لابس ، فلم ينزع ، أو لا يركب وهو راكب فلم ينزل ، حنث بالاستدامة ، لأنه يسمى لبساً وركوباً ، ولهذا يصلح أن

---

(١) في الأصل : وغيره .

(٢) في الأصل : في الحرمله .

يقال : لبست شهراً وركبت ليلة . ولا يصح أن يقال : دخلت شهراً أو تزوجت شهراً ، وإنما يقال : سكنت أو أقمت شهراً ولو حنث باستدامة اللبس ثم حلف لا يلبس ، فاستدام . لزمه كفارة أخـرى ، لأن اليمين الأولى انحلت بالاستدامة الأولى ، وهذه يمين أخرى ، وقد حنث فيها ، واستدامة القيام والقعود واستقبال القبلة قيام وقعود واستقبال ، وهل استدامة التطيب بطيب ؟ وجهان : أصحهما : لا • ولهذا لو تطيب ، ثم أحرم ، واستدام ، لا يلزمه الفدية ، وذكر الوجهان : فيما لو حلف أن لا يطأ ، وهو في خلال الوطء ، فلم ينزع ، أو أن لا يصوم أو لا يصلي وهو شارع فيهما ، فلم يترك ، ويتصور ذلك في الصلاة إذا حلف ناسياً في الصلاة ، فان اليمين تنعقد ، وإن حلف لا يغصب ، لم يحنث باستدامة المغصوب في يده ، ولو حلف لا يسافر وهو في السفر ، فوقف ، أو أخذ في العود في الحال ، لم يحنث في العود ، وكأن الصورة فيمن حلف على الامتناع عن ذلك السفر ، وإلا فهو مسافر أيضاً •

فرع

اذا حلف لا يدخل الدار ، حنث بالحصول فيها ، سواء دخلها من الباب أو من ثقب في الجدار ، أو كان في الدار نهر خارج فطرح نفسه في الماء فحمله ، أو سبح ، أو ركب سفينة فدخلت السفينة الدار ونـزل من السطح • وفي صورة السطح وجه ضعيف ، وسواء دخلها راكباً أو ماشيا • ولو أدخل في الدار يده أو رأسه أو إحدى رجليه ، لم يحنث ، وكذا لو مد رجليه فأدخلهما الدار وهو قاعد خارجها . لم يحنث ، وإنما يحنث إذا وضعهما في الدار واعتمد عليهما . أو حصل في الـدار متعلقاً بشيء • ولو حلف : لا يخرج ، فأخرج يده أو رجله ، أو رجليه وهـو قاعد فيها ، لم يحنث • ولو كان في الدار شجرة منشرة الأغصان ، فتعلق ببعضها ، فان حصل في محاذاة البنيان بحيث صارت محيطة به عاليـة

عليه ، حنث • وإن حصل في محاذاة سترة السطح ، ففيه الوجهان • وإن كان اعلى من ذلك ، لم يحنث •

المسألة الثانية : حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتاً ، فاسم البيت يقع على المبني من طين أو آجر ومدر وحجر ، وعلى المتخذ من خشب وصوف ووبر وشعر وجلد وأنواع الخيام ، فان نوى نوعاً منها ، حمل عليه ، وإن أطلق ، حمل على أي بيت كان منها ، إن كان الحالف بدوياً، وإن كان قروياً فثلاثة أوجه • الأصح وظاهر النص : يحنث أيضاً • والثاني : لا • والثالث : إن كانت قريته قريبة من البادية ، حنث ، وإلا فلا ، ولا يحنث بدخول البيع ، والكنائس ، وبيوت الحمام ، والغار في الجبل ، والكعبة ، والمساجد ، على المذهب لأنها ليست للايواء والسكن ، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد ، وخرج ابن سريج الجميع على قولين ، وحكى المتولي في الكعبة والمساجد وجهاً •

ولو دخل دهليز دار ، أو صحنها ، أو صفتها ، لم يحنث على الصحيح • وعن القاضي أبي الطيب الميل إلى الحنث ، لأن جميع الدار بيت بمعنى الايواء •

قلت : ولا يحنث بدخول بيت الرحى على الصحيح ، ذكره الغزالي وغيره • والله أعلم

الثالثة : حلف لا يسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، وهو عند الحلف فيها ، فمكث ساعة بلا عذر ، حنث ، وإذا مكث ، فسواء أخرج أهله ومتاعه أم لا ، لانه حلف على سكنى نفسه ، لا أهله ومتاعه • فلو خرج وترك فيها أهله ومتاعه ، لم يحنث • ولو حلف : لا يسكن داراً ، فانتقل إليها بنفسه ، دون أهله وماله ، حنث • ولو مكث لعذر ، بأن أغلق عليه الباب ، أو منع من الخروج ، أو خاف على نفسه أو ماله لو خرج ، أو كان مريضاً ، أو زمنا لا يقدر على الخروج ، ولم يجد من

يخرجه ، لم يحنث • وإن مرض ، وعجز بعد الحلف ، ففي الحنث الخلاف في حنث المكره • وقد تخرج سائر الصور على ذلك الخلاف • فان وجد المريض من يخرجه ، فينبغي أن يأمره باخراجه ، فان لم يفعل، حنث • وإن مكث الحالف مشتغلا بأسباب الخروج ، بأن اتنهض لجمع المتاع ، ويأمر أهله بالخروج ، ويلبس ثوب الخروج ، لم يحنث على الأصح ، لأنه لا يعد ساكناً ، كما لو خرج في الحال ثم عاد لنقل متاع ، أو زيارة أو عيادة أو عمارة ، فان الأصحاب قالوا : لا يحنث ، لأنه فارقها ، وبمجرد العود لا يصير ساكنا • ولو احتاج الى أن يبيت فيها ليلة لحفظ متاع ، ففيه احتمالان لابن كج•والأصح عنده أنه لا يحنث• ولو خرج في الحال ثم اجتاز بها ، بأن دخل من باب ، وخرج من آخر ، فقال القاضي حسين : الصحيح أنه لا يحنث ، وإن تردد فيها ساعة بلا غرض ، حنث • وينبغي أن لا يحنث بالتردد ، لأنها لا تصير به مسكنا قال البغوي : ولو عاد مريضاً ماراً في خروجه ، لم يحنث ، وإن قعد عنده حنث ، ولو خرج في الحال ثم دخل ، أو كان خارجا حين حلف ، ثم دخل لا يحنث بالدخول ما لم يسكث ، فان مكث حنث ، إلا أن يشتغل بحمل متاع كما في الابتداء •

الرابعة : في الحلف على المساكنة • قال الشافعي رحمه الله : المساكنة : أن يكونا في بيت أو بيتين حجرتهما واحدة ، ومدخلهما واحد • قال الشيخ أبو حامد : أراد بالحجرة : الصحن ، فان أقام كل واحد في دار ، فلا مساكنة ، سواء كانت الداران كبيرتين ، أو صغيرتين، أو إحداهما كبيرة والأخرى صغيرة ، كحجرة لطيفة بجنب دار ، وسواء كانتا في درب نافذ أو غير نافذ • فان سكنا في بيتين[1] من خان كبير أو صغير ، أو من دار كبيرة ، فثلاثة أوجه • الأصح : لا مساكنة ، سواء كان البيتان متلاصقين أو متفرقين • والثاني : بلى • والثالث : تثبت

[1] في الأصل : في بيت .

المساكنة في الدار دون الخان ، لأنها تعد مسكناً لواحد ، والخان يبنى لسكنى جماعة . ويشبه أن لا يشترط في الخان أن يكون على البيت باب وغلق . كالدور في الدرب ، ويشترط في الدار الكبيرة أن يكون على كل بيت منها باب وغلق ، فان لم يكونا ، أو سكنا في صفتين منها . أو في بيت وصفة . فهما متساكنان [في العادة . ولو أقاما في بيتين من دار صغيرة ، فهما متساكنان] وإن كان لكل واحد باب وغلق .لمقاربتهما وكونهما في الأصل مسكناً واحداً بخلاف الخان الصغير ، هكذا فصل الأكثرون ، ومنهم من أطلق وجهين في بيتي الدار، ولم يفرق بين الصغيرة والكبيرة . ورأى الأصح حصول المساكنة . وعلى هذا لو كان أحدهما في الدار ، والآخر في حجرة منفردة المرافق وبابها في الدار ، فلا مساكنة على الأصح ، وبه قطع البغوي في حجرتين منفردتي المرافق في دار . والمرفق المستحم والمطبخ ، والمرقى وغيرها ، ولم يذكروا في الحجرة في الخان خلافاً وإن كان المرقى في الخان .

إذا تقرر هذا فقال : والله لا أساكن زيداً ، فإما أن يقيد المساكنة ببعض المواضع لفظاً ، بأن يقول : في هذا البيت ، أو هذه الدار ، وإما أن لا يقيد .

الحالة الأولى : أن يقيد ، فيحنث بتساكنهما في ذلك الموضع ، فان كانا فيه عند الحلف ، ففارق أحدهما الآخر ، لم يحنث ، وإن مكثا فيه بلا عذر ، حنث . فان بني بينهما حائل من طين أو غيره ، ولكل واحد من الجانبين مدخل ، أو أحدثا[1] مدخلا ، فوجهان ، أحدهما : لا يحنث لاشتغاله[2] برفع المساكنة ، ورجحه البغوي . وأصحهما عند الجمهور : يحنث لحصول المساكنة إلى تمام البناء بغير ضرورة . فان

(١) في الأصل : أحدهما .

(٢) في الأصل : لاستعماله .

خرج أحدهما في الحال فبني الجدار ، ثم عاد ، لم يحنث الحالف . ولا يخفى أنه لا بأس والحالة هذه بالمساكنة في موضع آخر .

الحالة الثانية : أن لا يقيدها لفظاً ، فينظر ، إن نوى موضعاً معيناً من بيت أو دار أو درب أو محلة أو بلد ، فالمذهب ، والذي قطع به الجمهور أن اليمين محمولة[1] على ما نوى . وقيل : إن كانا يسكنان بيتاً من دار متحدة المرافق . ونوى أن لا يساكنه ، حملت اليمين عليه ، وإن لم يكن كذلك ، ولا جرى ذكر تلك المساكنة ، كقول صاحبه : ساكني في هذا البيت ، لم يقبل قوله ، وتحمل اليمين على الدار وفي البلد وجه أن اللفظ لاينزل عليه . لأنه لايسمى مساكنة . وقيل : يجيء هذا الوجه في المحلة . وإن لم ينو موضعاً ، وأطلق المساكنة ،حيث بالمساكنة في أي موضع كان . وحكى المتولي قولا انه إذا أطلق وكل واحد منهما في دار وحجرة منفردة . حملت اليمين على الاجتماع الحاصل ، فإن كانا في درب ، فلا بد من مفارقة أحدهما الدرب ، وإن كانا في محلة . فلا بد من مفارقة أحدهما المحلة ، والمشهور الأول . فعلى هذا لو كانا عند الحلف في بيتين من خان . فلا مساكنة . ولا حاجة إلى مفارقة أحدهما الآخر ، وعلى القول الشاذ يشترط مفارقته . وإن كانا في بيت من الخان ، فهل يكفي مفارقة أحدهما ذلك البيت . أم يشترط مفارقته الخان ؟ فيه هذا الخلاف . ثم سواء نوى موضعاً معيناً أو أطلق . فالقول في أن استدامة المساكنة مساكنة . وفي الحائل المبني بينهما على ما سبق في الحالة الأولى . والاعتبار بالانتقال بالبدن ، دون الأهل والمال كما سبق .

النوع الثاني : ألفاظ الأكل والشرب ، وفيه مسائل . الأولى : حلف ، فقال : لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الجرة ، حنث بما[2]

(١) في الأصل : مجهولة .
(٢) في الأصل : لما .

شرب من مائها من قليل أو كثير • ولو قال : لأشربن من مائها ، بر بما شرب وإن قل • وإن قال : لا أشرب من ماء هذا النهر ، أو لأشربن منه، فالحكم كالإداوة • ولو قال : لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الحب أو المصنع أو غيرها مما يمكن شرب جميعه ولو في مدة طويلة ، لم يحنث إلا بشرب جميعه • ومتى بقي شيء منه ، لم يحنث • قال في شرح مختصر الجويني : سوى البلل الذي يبقى في العادة • ولو قال : لأشربن ماء هذه الإداوة أو الحب ، لم يبر إلا بشرب الجميع • ولو قال : لا أشرب ماء هذا النهر أو البحر أو البئر العظيمة ، فهل يحنث بشرب بعضه ؟ وجهان : أحدهما : نعم ، وبه قال ابن سريج ، وابن أبي هريرة وأصحهما : لا ، وبه قال أبو إسحاق ، وعامة الأصحاب ، وصححه الشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب والروياني كمسألة الإداوة • قال القاضي : وينبغي أن يقال : لاتنعقد يمينه كما لو حلف : لايصعد السماء ، لأن الحنث فيه غير متصور • ولو حلف : ليشربن ماء هذا النهر أو البحر ، فوجهان ، أحدهما : يبر بشرب بعضه وإن قل ، وأصحهما ، لايبر ببعضه ، وعلى هذا هل يلزمه الكفارة في الحال أم قبيل الموت ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، لأن العجز متحقق في الحال ، وإنما يحسن الانتظار فيما يتوقع حصوله • وقيل : لاتنعقد اليمين أصلا ، لأن البر غير متصور ، ولو حلف : ليصعدن السماء ، ففي انعقاد يمينه وجهان ، الأصح : الانعقاد ، وعلى هذا فيحكم بالحنث في الحال ، أم قبل الموت ؟ فيه الوجهان • ولو قال : لأصعدن السماء غداً ، وفرعنا على انعقاد اليمين ، فهل يحنث وتجب الكفارة في الحال . أم بعد مجيء الغد ؟ فيه الوجهان • ويشبه أن يرجح هنا الثاني • وعلى هذا ، فهل يحنث قبيل غروب الشمس من الغد ، أم قبل ذلك ؟ فيه خلاف سيأتي في نظيره إن شاء الله تعالى • ولو حلف : لايصعد السماء ، فهل ينعقد

يمينه ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، وإن لم يتصور الحنث ، كما لو حلفه أنه فعل كذا أمس ، وهو صادق ، وأصحهما : لا ، بخلاف صورة الاستشهاد ، لأن الحلف هناك محتمل الكذب •

فرع

قال : لأشربن ماء هذه الإداوة ، ولا ماء فيها ، أو لأقتلن فلاناً وهو ميت . فأربعة أوجه • أصحها : أنه يحنث وتجب الكفارة في الحال ، والثاني : قبيل الموت . والثالث : لاتنعقد اليمين ، والرابع : يحنث في القتل دون الشرب • ولو قال : لأقتلن فلاناً وهو يظنه حياً وكان ميتاً . ففي الكفارة خلاف بناء على يمين الناسي •

فرع

قال القاضي أبو الطيب : قال الأصحاب : لو قال : والله لا آكل خبز الكوفة ، أو خبز بغداد . لم يحنث بأكل بعضه ، إلا أن ينوي غير ذلك •

فرع

قال : لأشربن ماء هذه الإداوة . فانصب قبل أن يشرب . أو مات الحالف . نظر . إن كان بعد الإمكان . حنث • وإن كان قبله ، فقولان كالمكره • ولو قال : لأشربن منه . فصبه في حوض . ثم شرب منه من موضع يعلم أنه وصل إليه ، بر . وإن حلف : لايشرب منه ، فصبه في حوض وشرب منه . حنث • وكذا لو حلف : لا يشرب من لبن هذه البقرة . فخلط بلبن غيرها . بخلاف ما لو حلف : لايأكل هذه

التمرة . فخلطها بصبرة. لايحنث إلا بأكل جميع الصبرة ، والفرق ظاهر.

فرع

حلف : لايشرب ماء فراتاً أو من ماء فرات ؛ حمل على الماء العذب من أي موضع كان . وإن قال : من ماء الفرات ؛ حمل على النهر المعروف . ولو قال : لاأشرب ماء الفرات . أو لا أشرب من ماء الفرات ؛ فسواء أخذ الماء بيده ؛ أو في إناء فشرب أو كرع فيه ؛ حنث. ولو قال : لا أشرب من ماء نهر كذا . فشرب من ساقية تخرج منه ، أو من بئر محفورة بقرب النهر ، يعلم أن ماءها منه ، حنث . ولو قال : لا أشرب من نهر كذا ، ولم يذكر الماء ؛ فشرب من ساقية تخرج منه ، حنث على الأصح ، كما لو أخذ الماء في إناء . ولو حلف : لايشرب من هذه الجرة أو غيرها مما يعتاد الشرب منه ؛ فجعل ماءه في كوز وشربه ؛ لم يحنث .

المسألة الثانية : قال : لا آكل هذين الرغيفين ؛ أولا ألبس هذين الثوبين ، لم يحنث إلا بأكلهما أو لبسهما [سواء لبسهما] معاً ، أو لبس أحدهما ونزعه ؛ ثم لبس الآخر . وكذا لو قال : لا أكلتهما أو لا لبستهما . لم يبر إلا بأكلهما ولبسهما . ولو قال : لا أكلم زيداً وعمراً . ولا آكل اللحم والعنب . لم يحنث إلا إذا أكلهما ؛ أو كلمهما ؛ إلا إذا نوى غير ذلك . لأن الواو العاطفة تجعلهما كشيء واحد ، فكأنه قال : لاآكلهما ؛ ولو قال : لا أكلم زيداً ولا عمراً . ولا آكل اللحم ولا العنب . حنث بكل واحد منهما . وهما يمينان لاتنحل إحداهما بالحنث في الأخرى . فلو قال : لا أكلم أحدهما ، أو قال : واحداً منهما . ولم يقصد واحداً منهما بعينه ؛ فيحنث إذا كلم أحدهما، وتنحل اليمين ؛ ولا يحنث بكلام الآخر . قال المتولي : وكذا في الإثبات إذا قال : لألبسن[1] هذا الثوب ؛ وهذا الثوب ؛ فهما يمينان ؛ لوجود

(1) في الأصل : لا ألبس .

حرف العطف، ولكل واحد حكمها، وفي هذا توقف • ولو أوجب حرف العطف كونهما يمينين ، لاكما لو قال : لا ألبسهما ، لأوجب في قوله : لاأكلم زيداً وعمراً ولا آكل اللحم والعنب كونهما يمينين،لاكما لوقال: لا أكلم هذين ولا آكل هذين •

فرع

قال : لا آكل هذا الرغيف ، لم يحنث بأكل بعضه • ولو قال : لاكلنه ، لم يبر إلا بأكل جميعه • فلو بقي في الصورة الأولى ما يمكن التقاطه وأكله ، لم يحنث ، كما لو قال : لا آكل ما على هذا الطبق من التمر . فأكل ماعليه إلا تمرة ، لايحنث وإن جرت العادة بترك بعض الطعام للاحتشام من استيفائه أو لغير ذلك • وكذا لو قال : لآكلن هذه الرمانة ، فترك حبة ، لم يبر . وان قال : لاآكلها ، فترك حبة ، لم يحنث•

المسألة الثالثة : إذا حلف : لا يأكل الرأس أو الرؤوس ، أو لا يشتريها ، حمل على التي تميز عن الأبدان وتباع مفردة ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم • وفي رؤوس الإبل وجه شاذ عن ابن سريج ، فطرده ابن أبي هريرة في البقر والغنم • وقيل : إن كان في بلد لاتباع فيه إلا رؤوس الغنم، لم يحنث إلا بغيرها، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور • فان أكل رأس طير ، أو حوت ، أو ظبي ، أو صيد آخر ، لم يحنث على المشهور • فإن كانت رؤوس الصيد والحيتان تباع مفردة في بلد ، حنث بأكلها هناك • وهل يحنث بأكلها في غير ذلك البلد ؟ وجهان رجح الشيخ أبو حامد والروياني المنع. والأقوى الحنث، وهو أقرب الى ظاهر النص • وهل يعتبر نفس البلد الذي يثبت فيه العرف . أم كون الحالف من أهله ؟ وجهان • هذا كله عند الإطلاق • وقال المتولي : فان قصد أن لا يأكل مايسمى رأساً . حنث برأس السمك والطير • وإن قصد نوعاً خاصاً ، لم يحنث بغيره •

فرع

حلف : لا يأكل البيض ، حمل على مايزايل بايضه وهو حي ، لأنه المفهوم . فلا يحنث ببيض السمك والجراد ، ويحنث ببيض الدجاج . والنعام[1] ، والأوز ، والعصافير . وقيل : لايحنث إلا ببيض الدجاج . وقيل : بالدجاج والأوز . وقال الإمام : الطريقة المرضية أنه لايحنث إلا بما يفرد بالأكل في العادة . دون بيض العصافير والحمام ونحوها . والمذهب الأول . ولا يحنث بأكل خصية الشاة . لأنها لاتفهم عند الإطلاق . وإن خرجت البيضة وهي منعقدة من الدجاجة . فأكلها . حنث . وإن أخرجت بعد موتها . فأكلها ، فوجهان .

: الأصح الحنث . والله أعلم

المسألة الرابعة : حلف لايأكل الخبز . حنث بأي خبز كان . سواء فيه خبز البر . والشعير . والذرة . والباقلاء . والأرز ، والحمص . لأن الجميع خبز . ولا يضر كونه غير معهود بلده . كما لو حلف : لايلبس ثوباً ، حنث بأي ثوب كان وإن لم يكن معهود بلده وذكر السرخسي وجهاً أنه لايحنث بخبز الأرز إلا في طبرستان . وبه قطع الغزالي ، ونسبه الى الصيدلاني ، وهي نسبة باطلة . وغلط في النقل ، بل الصواب الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق أنه يحنث به كل أحد ، وقد صرح بذلك الصيدلاني أيضاً . قال المتولي : ويحنث بخبز البلوط أيضاً . ويحنث بأكل الأقراص والرغفان وخبز الملة والمشحم وغيره . وسواء أكله على هيئته أوجعله ثريداً . لكن لو صار في المرقة كالحسو،

---

(1) في الأصل : « الأ... » .

فتحساه . لم يحنث . وسواء ابتلعه بعد مضغ ، أو ابتلعه على هيئتـــه ، فيحنث في الحالين . وإن مضغه ولم يبتلعه ، لـم يحنث ، سواء أدرك طعمه أم لا • ولو أكل جوزنيقاً ، فوجهان حكاهما البغوي ، أحدهما : يحنث . لأنه او نزع منه الحشو صار خبزاً ، والأصح : المنع •

قلت : والرقاق والبقسماط والبسيسة ...[1] **والله أعلم**

المسألة الخامسة : حلف : لا يأكل اللحم أو لا يشتريه ، لم يحنث بشحم البطن وشحم العين • والأصـــح : أنه لا يحنث بشحـم الظهر والجنب ، وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر ، لأنه لحم سمين ،ولهذا يحمر عند الهزال • ولو حلف : لا يأكل الشحم ، حنث بشحم البطن ، ولا يحنث باللحم قطعاً ، ولا بشحم الظهر على الأصح • وعن الشيـــخ أبي زيد وجه ثالث : أنه إن كان الحالف عربياً،فشحم الظهر شحم فيحقه، لأنهم يعدونه شحماً . وإن كان عجمياً ، فهو لحم في حقه • وفي شحـــم العين وجهان • ويدخل في اليمين على اللحم لحم النعـــم ، والوحش ، والطير المأكول كله • وفيما لا يؤكل كالميتة ، والخنزير ، والـــذئب ، والحمار ، وغيرها وجهان ، رجح الشيخ أبو حـــامد والروياني المنع ، والقفال وغيره الحنث •

قلت : المنع أقوى • **والله أعلم**

ولا يحنث بأكل السمك على الصحيح • والصحيح أن الأليـــة ليست بلحم ولا شحم • وقيل : لحم • وقيل : شحم ، والسنام كالألية•

---

(١) بياض في جميع الأصول . وفي هامش احدى نسخ الظاهرية ما نصه : كذا نقل عن خط المصنف رحمه الله . قلت : والبسيسة : هو ان يلت السويق أو الدقيق ، او الاقط المطحون بالسمن أو بالزيت .

ولو حلف على الألية ، لم يحنث بالسنام ، وكذا العكس . ولو حلف على الدسم ، تناول شحم الظهر والبطن والألية والسنام والأدهان كلها ، والمذهب أنه لايدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكرش والكبد والرئة ، ولا يدخل المخ قطعاً وقد يجيء فيه الخلاف ، ولا يدخل القلب على الأصح ، ويحنث بأكل لحم الرأس والخد واللسان والأكارع على المذهب . وقيل : وجهان .

فرع

حلف : لا يأكل لحم بقر ، حنث بلحم الجاموس وبالبقر الأهلي والوحشي . وقيل : في الوحشي وجهان وهو ضعيف . ولو حلف لايركب الحمار ، فركب حمار الوحش ، فوجهان بناء على أن الحمارين جنس في الربا أم جنسان وقد سبق في الربا وجهان في أن الجراد هل هو من جنس اللحوم ويمكن أن يخرج عليهما الحنث بأكله في يمين اللحم .

قلت : الصواب الجزم [بعدم] الحنث ، لعدم اطلاق الاسم لغة وعرفاً . **والله أعلم**

فرع

حلف : لايأكل ميتة ، لم يحنث بالمذكاة وإن حلها الموت للعرف . وهل يحنث بأكل السمك ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، للحديث « أحلت لنا ميتتان » وأصحهما : لا ، للعرف ، كما لو حلف : لايأكل دماً،لايحنث بالكبد والطحال .

المسألة السادسة : حلف : لايأكل الزبد ، لايحنث بأكل السمن . ولو حلف : لايأكل السمن ، لايحنث بالزبد على الأصح ، لاختلاف الاسم والصفة . ولو حلف على الزبد والسمن ، لايحنث باللبن،ويدخل

في اللبن لبن الأنعام والصيد والحليب والرائب والماست والشيراز[1] والمخيض ، وتوقف بعضهم في الشيراز . قال القاضي أبو الطيب : لا معنى لتوقفه ، وفي المخيض وجه ضعيف ، فان أكل الزبد ، فثلاثة أوجه، أصحها وبه قطع ابن الصباغ : إن كان اللبن ظاهراً فيه ، حنث ، وإن كان مستهلكاً فلا . ولا يحنث بالسمن والجبن والمصل والأقط . وقال أبو علي ابن أبي هريرة ، والطبري : يحنث بكل مايستخرج من اللبن ، والصحيح الأول .

فرع

حلف : لايأكل السمن ، لايحنث بالأدهان ، ولوحلف على الدهن: لم يحنث بالسمن على الأصح .

السابعة : حلف : لايأكل الجوز ، قال الغزالي : يحنث بالجوز الهندي ، قال : ولو حلف لايأكل التمر ، لم يحنث بالهندي ، لأن الجوز الهندي قريب من الجوز المعروف طبعاً وطعماً ، بخلاف التمر الهندي . وقطع البغوي بأنه لايحنث بالهندي في الصورتين ، وكذا لو حلف : لايأكل البطيخ لايحنث بالهندي . ولو حلف : لايأكل الخيار ، لايحنث بهذا الذي يقال له : خيار شنبر .

الثامنة : كما أن الأعيان أجناس مختلفة الأسماء والصفات،كذلك الأفعال أجناس مختلفة ، ولا يتناول بعضها بعضاً ، فالشرب ليس بأكل ، وكذا العكس ، فاذا حلف : لايأكل ، فشرب ماء أو غيره ، أو حلف : لايشرب ، فأكل طعاماً ، لايحنث .واللبن والخل وباقي المائعات إذا حلف لايأكلها ، فأكلها بخبز ، حنث ، أو شربها لم يحنث . وإن حلف :

---

(١) الماست : اسم اللبن . والشيراز : اللبن الرائب المستخرج ماؤه ، والكلمتان فارسيتان .

لايشربها ، فالحكم بالعكس . ولو حلف : لايأكل سويقاً ، فاستفه ، أو تناوله بملعقة أو باصبع مبلولة ، حنث . ولو ماثه في الماء وشربه ، لم يحنث . ولو حلف : لايشرب السويق ، فالحكم بالعكس . ولو كان السويق خاثراً ، بحيث يؤخذ بالملاعق ، فتحساه ، ففيه خلاف ، والأصح أنه ليس بشرب . ولو قال : لا أطعم أو لا أتناول ، دخل في اليمين الأكل والشرب جميعاً .

فرع

حلف : لايأكل السكر ، حنث بنفس السكر ، دون مايتخذ منه ، إلا إذا نوى . وكذا الحكم في التمر والعسل . ثم ان ابتلع السكر بلا مضغ ، فقد أكله ، كما لو أكل الخبز على هيئته ، وإن مضغه وازدرده ممضوغاً ، حنث أيضاً ، وإن وضعه في فمه فذاب ونزل ، لم يحنث على الأصح ، وبه قطع المتولي والبغوي ، كما أنه لايسمى أكلا للسكر .

فرع

حلف : لايأكل العنب والرمان ، لم يحنث بأكل عصيرهما وشربه. ولو امتصهما ، ورمى الثفل ، لم يحنث أيضاً ، لأنه ليس آكلا .

حلف : لايأكل السمن ، فأكله وهو جامد وحده ، حنث ، وإن شربه ذائباً ، لم يحنث على الصحيح ، وإن أكله بخبز وهو جامد أو ذائب ، حنث على الصحيح ، وخالف فيه الاصطخري . وإن جعله في عصيدة أو سويق ، فالنص أنه يحنث . ونص أنه لو حلف : لا يأكل خلا ، فأكله سكباجاً[1]،لايحنث ، فقال الجمهور : ليس ذلك باختلاف،

---

(1) السكباج : مرق يعمل من اللحم والخل معرب سكبا ، وهو مركب من « سك » أي : خل ، ومن « با » أي : طعام .

يل إن كان السمن ظاهراً في العصيدة والسويق يرى جرمه ، حنث وهذا مراده بنص السمن ، وكذا حكم الخل إذا كان ظاهراً بلونه ، وطعمه ، بأن أكل مرقة وهي حامضة وإن كان السمن أو الخل مستهلكاً ، لم يحنث . وهذا مراده بنص الخل . وصوروا ذلك فيما إذا أكل لحم السكباج أو مافيه من سلق وغيره، ومنهم من أطلق وجهين أوقولين فيهما.

فرع

حلف : لايأكل أو لا يشرب ، لايحنث بمجرد الذوق ، ولو حلف: لايذوق ، فأكل أو شرب ، حنث على الصحيح ، لتضمنهما الذوق . وإن أدرك طعم الشيء بالمضغ والامساك في الفم ، ثم مجه ولم ينزل الى حلقه ، فوجهان . أحدهما : لايحنث ، كما لايفطر . وأصحهما : يحنث ، لأن الذوق إدراك الطعم . ولو حلف : لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق ، فأوجر[1] في حلقه حتى صار في جوفه ، لم يحنث . ولو قال : لا أطعم كذا فأوجره ، حنث ، لأن معناه : لاجعلته لي طعاماً .

التاسعة : حلف لايأكل الفاكهة ، حنث بأكل العنب ، والرمان ، والرطب ، والتفاح ، والسفرجل ، والكمثرى ، والمشمش ، والخوخ ، والإجاص ، والأترج ، والنارنج والليمون والنبق[2] والموز والتين ، ولا يحنث بالقثاء والخيار والباذنجان والجزر ، ويحنث بالبطيخ على الأصح ، وبه قال ابن سريج ، لأن له نضجاً وإدراكاً ، ويدخل في اسم الفاكهة الرطب واليابس ، كالتمر والزبيب والتين اليابس ، ومفلق الخوخ

---

(١) أوجره ووجره لغتان الأول افصح واشهر : إذا القيت الوجور في حلقه ، وهو الوجور بفتح الواو ، وهو ماصب في وسط الفم في الحلق .
(٢) هو حمل شجر السدر .

والمشمش ، وهل يحنث بلب الفستق والبندق وغيرهما ؟ وجهان أصحهما : نعم ، لأنه يعد من يابس الفاكهة ، كذا قاله الجمهور ، وقالوا : لو حلف لايأكل الثمار ، حنث بالرطب دون اليابسات • وقال المتولي : لايحنث باليابس في يمين الفاكهة أيضاً • والصحيح : الأول • العاشرة : حلف : لا يأكل البيض ، ثم حلف : ليأكلن مافي كم زيد ، فاذا هو بيض ، فجعله في الناطف وأكله كله ، لايحنث في واحدة من اليمينين ، ولا بد من أكل جميعه •

فرع

يتعلق بهذا النوع : الرطب ليس بتمر ، والعنب ليس بزبيب ، وعصير العنب ليس بعنب ، وعصير التمر ودبسه ليس بتمر ، والسمسم ليس بشيرج ، وكذا العكوس • والرطب ليس ببسر ولا بلح •ولوحلف: لايأكل الرطب ، فأكل المنصف ، نظر ، إن أكل النصف الذي أرطب ، حنث قطعاً ، وإن أكل الجميع ، حنث على الصحيح ، وخالف فيه الاصطخري ، وأبو علي الطبري • وإن أكل النصف الذي لم يرطب ، لم يحنث ، ولو حلف : لايأكل البسر ، فأكل المنصف ، ففيه هذا التفصيل ، والحكم بالعكس • ولو حلف : لايأكل بسرة ولا رطبة ، فأكل منصفاً ، لم يحنث•ولو حلف : لايأكل طعاماً ، تناول اللفظ القوت والإدام والفاكهة والحلواء • وفي الدواء وجهان • ولو حلف : لايأكل قوتاً ، حنث بأكل مايقتات من الحبوب ، ويحنث بالتمر والزبيب واللحم إن كان ممن يقتاتها ، وإلا فوجهان • ولو حلف : لايأكل إداماً ، حنث بكل مايؤتدم به ، سواء كان مما يصطبغ به ، كالخل والدبس والشيرج والزيت والسمن والمربى ، أو لايصطبغ به كاللحم والجبن[1] والبقل والبصل والفجل والثمار ، وكذا التمر والملح على الصحيح فيهما •

---

(١) في الأصل : والخبز .

واسم الماء يتناول العذب والملح ، ومياه الآبار والأنهار ، وكذا ماء البحر . وفيه احتمال للشيخ أبي حامد . فلو حلف : لايشرب الماء ، لم يحنث بأكل الجمد والثلج ، ويحنث بشرب مائهما . ولو حلف : لايأكل الجمد والثلج ، لم يحنث بشرب مائهما . والثلج ليس بجمد ، وكذا العكس . ولو حلف : لايأكل مما طبخه زيد ، فالاعتبار فيه بالايقاد الى الإدراك ، أو وضع القدر في التنور بعد سجره ، فان أوقد زيد تحته حتى أدرك ، أو وضعها في التنور فأكل منه ، حنث ، سواء وجد نصب القدر وتقطيع اللحم ، وصب الماء عليه ، وجمع التوابل . وسجر التنور منه ، أو من غيره . ولو أوقد ، أو وضع في التنور مع غيره ، لم يحنث . لأنه لم ينفرد بالطبخ ، وكذا لو أوقد هذا ساعة . وهذا ساعة . قال الإمام : ولو جلس الحاذق بالطبخ قريباً ، واستخدم صبياً في الإيقاد ، وقلل أو كثر ، ففيه تردد ، إذ يضاف الطبخ هنا الى الأستاذ[1] . ولو قال : لا آكل ماخبزه فلان ، فالاعتبار بالصاقه الى التنور ، لابالعجن وسجر التنور وتقطيع الرغفان وبسطها .

قلت : ولو حلف : لايأكل ثريداً ، لم يحنث بخبز غير مثرود في مرق . **والله أعلم**

النوع الثالث : في العقود وفيه مسائل :

إحداها : حلف : لا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، أو من طعام اشتراه زيد ، أو لايلبس ثوباً اشتراه زيد ، لم يحنث بما ملكه بإرث أو هبة أو وصية . أو رجع إليه برد بعيب أو بإقالة وإن جعلنا الإقالة بيعاً ، لأنه لايسمى بيعاً عند الإطلاق ، وكذا لايحنث بما خلص له بالقسمة

---

(1) هو المعلم واستاذ الصناعة ورئيسها ، فارسيته أستاد .

وإن جعلناها بيعاً . ويحنث بما ملكه بالتولية والإشراك والسلم ، لأنها بيوع ، ولا يحنث بما ملكه بالصلح على الصحيح ، وبه قطع الصيدلاني والبغوي والمتولي والروياني وغيرهم.ولو قال : لا أدخل داراً اشتراها زيد ، لم يحنث بدار ملك بعضها بالشفعة . ولا يحنث بما اشتراه لزيد وكيله ، ويحنث بما اشتراه زيد لغيره بوكالة أو ولاية . ولو اشتراه زيد ثم باعه ، فأكله ، حنث ، لأنه موصوف بأن زيداً اشتراه . وكذا لو باع بعضه وأكل من ذلك البعض . ولو أكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو ، لم يحنث على الصحيح . وقيل : يحنث ، لأنه ما من جزء إلا وقد ورد عليه شراء زيد ، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب . وقيل: إن أكل النصف فما دونه ، لم يحنث ، وإن أكل أكثر منه ، حنث ، لأنا نتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد ، ثم لم يفرق الجمهور بين قوله : لاآكل من طعام اشتراه زيد ، وقوله : طعاماً اشتراه زيد . وخص البغوي الأوجه بما إذا قال : من طعام اشتراه زيد ، وقطع بعدم الحنث فيما إذا قال : طعاماً اشتراه زيد ، قال : إلا أن يريد [أن] لايأكل طعامه أو من طعامه ، فيحنث بالمشترك . ولو اشترى زيد طعاماً ، وعمرو طعاماً ، وخلطا ، فأكل الحالف من المختلط ، فثلاثة أوجه .

أحدها : لايحنث وإن أكل الجميع ، وبه قال ابن أبي هريرة ، لأنه لايمكن الإشارة الى شيء منه بأنه اشتراه زيد .

والثاني ، وهو قول الاصطخري ، واختاره القاضي أبو الطيب : إن أكل أكثر من النصف ، حنث ، وإلا ، فلا ، وهو عند استواء القدرين .

والثالث ، وهو الأصح ، وبه قال أبو إسحاق : أنه إن أكل قليلا يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو ، كعشر حبات من الحنطة ، وعشرين

حبة ، لم يحنث ، وإن أكل قدراً صالحاً : كالكف والكفين : حنث ، لأنا تتحقق أن فيه مما اشتراه زيد •

فرع

قال : لا أسكن داراً لزيد ، فسكن داراً له فيها حصة قليلة : أو كثيرة . لايحنث • نص عليه في « الأم » •

فرع

في تعليقة ابراهيم المروذي : أنه لو حلف : لايأكل طعام زيد ، فأكل مشتركاً بينه وبين غيره . حنث : وقد سبق عن البغوي مايوافقه، قال : ولو حلف لايلبس ثوب زيد . أو لايركب دابته : فلبس أو ركب مشتركاً . لم يحنث •

المسألةالثانية : حلف لايشتري أولايبيع . فوكل من باع واشترى له . أو لايضرب عبده : فأمر من ضربه . أو حلف الأمير أو القاضي : لايضرب . فأمر الجلاد فضرب . لم يحنث : وذكر الربيع أن الحالف إن كان ممن لايتولى البيع والشراء ، أو الضرب بنفسه كالسلطان . أوكان الفعل المحلوف عليه لايعتاد الحالف فعله . أو لايجيء منه . كالبناء والتطيين . حنث إذا أمر به • فمنهم من جعل هذا قولاً آخر . وأثبت قولين . والمذهب القطع بأنه لايحنث . والامتناع من جعله قولا . ولو حلف : لايزوج . أولا يطلق . أولايعتق . فوكل وعقد الوكيل : فكالتوكيل في البيع • ولو فوض الطلاق الى زوجته . فطلقت نفسها ، لم يحنث على المذهب • وحكي قول أنه يحنث هنا وإن لم يحنث في التوكيل : لأنه فوضه الى من لايملكه . وكأنه هو المطلق • فلو قال : إن فعلت كذا ، أو إن شئت ، فأنت طالق . ففعلت . أو شاءت : حنث . لأن الموجود منها مجرد صفة : وهو المطلق • ولو حلف : لايتزوج ، أو لاينكح ، فوكل من قبل له نكاح امرأة:فهل يحنث ؟ وجهان حكاهما

المتولي . أحدهما : لا ، كالبيع ، وبه قطع الصيدلاني ، والغزالي . والثاني : نعم،لأن الوكيل هنا سفير محض ، ولهذا يجب تسمية الموكل، وبه قطع البغوي . ولو قبل لغيره نكاحاً ، فمقتضى الوجه الأول الحنث ، ومقتضى الثاني المنع . ولو حلف : لايبيع ولا يشتري ، فتوكل لغيره فيهما ، حنث على الأصح ، وهو الذي أطلقه جماعة ، وقيل : لايحنث ، وقيل : إن صرح بالإضافة الى الموكل ، لم يحنث ، وإن نواه ولم يصرح ، حنث . ولو قال : لا أكلم عبداً اشتراه زيد ، لم يحنث بتكليم عبد اشتراه وكيله . ولو قال : لا أكلم امرأة تزوجها زيد . فكلم من تزوجها لزيد وكيله ، ففيه الوجهان ، فيما لو حلف : لايتزوج ، فتزوج وكيله له . ولو حلف : لايكلم زوجة زيد ، حنث بتكليم من تزوجها بنفسه أو بوكيله بلا خلاف .

واعلم أن كل هذه الصور فيمن أطلق ولم ينو ، فأما إن نوى أن لايفعل ولا يفعل بإذنه ، أو لايفعل ولا يأمر به ، فيحنث إذا أمر به ففعل ، هكذا أطلقوه مع قولهم : إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه ، واستعماله في المعنى الآخر مجاز . وفي هذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً ، وهو بعيد عند أهل الأصول . والأولى أن يؤخذ معنى مشترك بين الحقيقة والمجاز جميعاً ، فيقال : إذا نوى أن لايسعى في تحقيق ذلك الفعل ، حنث بمباشرته . وبالأمر به ، لشمول المعنى وإرادة هذا المعنى إرادة المجاز فقط .

قلت : هذا الذي ذكره الرافعي حسن . والأول صحيح على مذهب الشافعي . وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد . والله أعلم

فرع

حلف : لايحلق رأسه ، فأمر غيره ، فحلقه ، فقيل : يحنث للعرف . وقيل : فيه الخلاف ، كالبيع . ولو حلف : لايبيع من زيد ، فباع من وكيله . أو وكل من باع من زيد ، لم يحنث . ولو حلف : لا يبيع لزيد مالاً . فباع ماله بإذنه أو بإذن الحاكم بحجر ، أو امتناع الحاكم ، حنث . وإن باع بغير إذن ، لم يحنث ، لفساد البيع . فلو وكل زيد وكيلا في بيع ماله . وأذن له في التوكيل ، فوكل الوكيل الحالف وهو لايعلم ، نص في « الأم » أنه لايحنث ، وهو تفريع على أحد القولين في حنث الناسي . وقال المتولي : إن كان أذن لوكيله أن يوكل عنه ، حنث ، لأنه باع لزيد يعني إذا علم ، أو قلنا : يحنث الناسي ، وإن كان أذن له في التوكيل عن نفسه ، فباع ، لم يحنث ، لأنه لم يبع لزيد ، بل لوكيله وإن أطلق الإذن في التوكيل ، فعلى الخلاف في أن من يوكله وكيل الموكل ، أم وكيل الوكيل ؟ ولو قال : لايبيع لي زيد مالا ، فوكل الحالف رجلا في البيع ، وأذن له في التوكيل ، فوكل الوكيل زيداً ، فباع ، حنث الحالف . سواء علم زيد أم لم يعلم ، لأن اليمين منعقدة على نفي فعل زيد . وقد فعله زيد باختياره .

المسألة الثالثة : حلف لايبيع ، فباع بيعاً فاسداً ، أو لايهب . فوهب هبة فاسدة ، لم يحنث ، وتنزل ألفاظ العقود على الصحيح . هذا اذا أطلق اليمين ، فإن أضاف العقد الى مالا يقبله . بأن حلف : لايبيع الخمر . أو المستولدة ، أو مال زوجته ، أو غيرها بغير إذن ، ثم أتى بصورة البيع . فإن مقصوده ان لايتلفظ بلفظ العقد مضافاً الى ماذكره ، حنث . وإن أطلق ، لم يحنث . لأن البيع هو السبب المملك ، وذلك لايتصور في الخمر ، أو المستولدة ، أو مال زوجته ، أو غيرها بغير إذن ، ثم أتى بصورة يحنث بصورة البيـع ، وهو وجـه لغيره حكاه صاحب « التقريب »

والصحيح الأول ، وسيأتي خلاف إن شاء الله تعالى في أنه هل يتعين حمل لفظ العبادات كصوم وصلاة على الصحيح ؟ ولاخلاف أنه لو حلف أن لايحج ، يحنث بالفاسد ؛ لأنه منعقد يجب المضي فيه كالصحيح • ولو حلف : لايبيع بيعاً فاسداً ،لم يحنث بالبيع الفاسد ، ذكره الصيدلاني والروياني • وقال الامام : الوجه عندنا أنه يحنث •

الرابعة : إذا حلف لايهب ، حنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض ، كالهبة والصدقة والرقبى والعمرى ، لأنها أنواع خاصة من الهبة . وقيل : لايحنث بما سوى الهبة • وقيل : يحنث بالرقبى والعمرى دون الصدقة ، حكاه المتولي ، ووجهه بأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً • أما الاسم ، فلأن من تصدق على فقير لايقال : وهب له ، وأما المقصود ، فلأن الصدقة للتقرب الى الله تعالى ، والهبة لاكتساب المودة • وأما الحكم ، فلأن النبي صلى الله عليه وسلم كان لايأكل الصدقة ، ويأكل الهبة والهدية • هذا في صدقة التطوع ، أما إذا أدى الزكاة ، أو صدقة الفطر ، فلا يحنث ، كما لو أدى ديناً • وعن القفال ترديد جواب فيه ، والمذهب الأول • ولايحنث بالإعارة ، اذ لاتمليك فيها . ولا بالوصية ، لأنها تمليك بعد الموت ، والميت لايحنث ولا بالضيافة • وقال ابن القطان : يحنث بالوصية • وفي الضيافة وجه حكاه المتولي بناء على أن الضيف يملك ما يأكله ، والصحيح الأول في المسألتين • ولا يحنث بالوقف عليه إن قلنا : الملك فيه للواقف ، أو لله تعالى . وهو المذهب ، وإن قلنا للموقوف عليه ، حنث • وقيل : فيه خلاف • ولو قال الحالف لرجل : وهبتك كذا فلم[1] يقبل، لم يحنث على الصحيح ، لأن العقد لم‌يتم قال ابن سريج : يحنث ، لأنه

---

(١) في الاصل : لم .

يقال : وهبه كذا ، فلم يقبل ، وخرج على هذا الخلاف فيما إذا أعمره أو أرقبه ، ولم نصحح العقدين . ولو تم الإيجاب والقبول في الهبة ، لكن لم تقبض . فوجهان . أصحهما عند المتولي : يحنث لأن الهبة حصلت ، والمتخلف الملك. وعند البغوي : لايحنث . لأن مقصود الهبة لم يحصل .

قلت : الأصح لايحنث ، وصححه آخرون غير البغوي . منهم الرافعي في « المحرر » *والله أعلم*

فرع

حلف : لايتصدق. فتصدق فرضاً أو نفلا . يحنث . لشمول الاسم ، وسواء تصدق على فقير أو غني . وقال المتولي : لو دفع الى ذمي لايحنث ، لأنه لاقربة فيه. وهذا ممنوع. ويحنث بالإعتاق دون الإعارة والضيافة ، وفي الهبة وجهان . أحدهما : يحنث بها كعكسه. وأصحهما : لا . والصدقة والهبة تتداخلان تداخل العموم والخصوص ، فكل صدقة هبة . ولاينعكس. ولو وقف ، فقد أطلق المتولي أنه يحنث . وقال غيره: يبنى على الأقوال في ملك الوقف لمن هو ؟ إن قلنا : للواقف . لم يحنث. وإن قلنا : لله تعالى ، حنث ، وإن قلنا : للموقوف عليه ، فوجهان. كالهبة.

فرع

حلف : لايبر فلاناً ، دخل في اليمين جميع التبرعات من الهبة والهدية والإعارة والضيافة والوقف وصدقة التطوع . فيحنث بأيها وجد . ولو كان المحلوف عليه عبده ، فأعتقه ، حنث . وكذا لو كان عليه دين . فأبرأه . ولا يحنث بأن يدفع إليه الزكاة . ولو حلف : لايعتق عبداً فكاتبه ، وعتق بالأداء ، لم يحنث ، ذكره ابن القطان . ولو حلف : لايضمن لفلان مالاً ، فكفل بدن مديونه . لم يحنث .

الخامسة : حلف : لامال له ، حنث بكل مال حتى[1] ثياب بدنه ، وداره التي يسكن فيها ، وعبده الذي يخدمه ، ولا يختص بنوع من المال إلا أن ينويه . ولو كان له دين حال على مليء مقر ، حنث ، كالوديعة . قال المتولي : وخرج فيه وجه من قوله القديم : لازكاة في الدين . والمذهب الأول . وان كان مؤجلا أو على معسر ، أو جاحد ، حنث على الأصح ، لأنه ثابت في الذمة يصح الإبراء منه . وقيل : في الجاحد وجه ثالث : إن كان له بينة ، حنث قطعاً ، وإلا ، فلا . ولو كان له عبد آبق ، أو مال ضالة ، أو مغصوب ، أو مسروق ، وانقطع خبرها ، ففي الحنث وجهان ، لتعارض أصل بقائها ، وعدم الحنث . ولو كان الغاصب حاضراً ، والمالك قادر على الانتزاع منه ، أو على بيعه ممن يقدر على انتزاعه ، حنث قطعاً ، ذكره المتولي . ولو كان له مدبر أو معلق عتقه بصفة أو مال أو وصى به ، حنث ، لأنها باقية على ملكه ، ولا يحنث بالمكاتب على الأصح . ويقال : الأظهر ، وقيل : قطعاً ، ويحنث بأم الولد على الأصح ، لأن رقبتها له ، وله منافعها ، وأرش الجناية عليها . ولو كان يملك منفعة بوصية أو إجارة ، لم يحنث على الصحيح ، ولا يحنث بالموقوف إن قلنا : الملك فيه لله تعالى أو للواقف ، وإن قلنا : له ، فكالمستولدة . ولو كان قد جنى عليه خطأ أو عمداً . أو عفا على مال ، حنث . وإن كانت الجناية عمداً ، ولم يقتص ولم يعف ، قال في «البيان» يحتمل أن يبنى على أن موجب العمد ماذا ؟ إن قلنا : القود ، لم يحنث ، وإن قلنا : القود أو المال ، حنث ، وقد يتوقف في هذا .

قلت : الصواب الجزم بأن لاحنث . والله أعلم

وكون المال مرهوناً لايمنع الحنث ، وكذا عدم استقرار الملك .

---

(١) في الأصل : وثياب .

وقال ابن القطان : لايحنث بالأجرة المقبوضة إذا لم تنقض المدة ، وغلطه ابن كج .

فرع

[حلف] لاملك له . حنث بالآبق والمغصوب . وإن [كان]له زوجة . قال المتولي:يبنى على أن النكاح هل هو عقد تمليك،أو عقد حل ؟ فإن قلنا : تمليك ، حنث .

قلت : المختار أنه لاحنث إذا لم تكن نية . لأنه لايفهم منه الزوجة، وينبغي أن لايحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات،ولا بالزيت النجس إذا لم نجز بيعه . ولو حلف : لارقيق له ، أو لاعبد له ، أولاأمة له ،وله مكاتب . لم يحنث على المنصوص ، وهو المذهب . ويحنث بمدبر قطعاً . والله أعلم .

الرابع في الإضافات والصفات ، وفيه مسائل :

إحداها : حلف لايدخل دار زيد أو بيته ، أو لايلبس ثوبه ، أو لايركب دابته ، قال الأصحاب : مطلق الإضافة الى من يملك مقتضى ثبوت الملك ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد ، كان إقراراً بملكه .فلو قال : أردت أنها مسكنه ، لايقبل ، وقد تضاف الدار والبيت الى الانسان بجهة أنها مسكنه ، لكنه مجاز ، ولهذا يصح نفي الإضافة مع إثبات السكنى ، فيقال : هذه الدار ليست ملك زيد،لكنها مسكنه.إذا عرف هذا فلا يحنث الحالف بدخول دار يسكنها زيد بإجارة أو إعارة أو غصب ، إلا أن يقول : أردت المسكن ، ويحنث بدخول دار يملكها وإن لم يسكنها ، الا أن يقول : أردت مسكنه . ولو حلف : لايدخل مسكن فلان ، حنث بدخول مسكنه المملوك والمستأجر . وفي المغصوب وجهان، لأنه لايملك سكناه .

قلت : أصحهما : الحنث والله أعلم .

وفي دخول داره التي لايسكنها أوجه ، أصحهما : لايحنث ، والثالث : إن كان سكنه ولو يوماً ، حنث ، وإلا ، فلا ، ولوأراد مسكنه المملوك . لم يحنث بغيره بحال .

فرع

حلف : لايدخل دار زيد . وقد وقف زيد على غيره داراً ، قال المتولي : إن قلنا : الوقف ملك للواقف ، حنث بدخولها ، وإلا فلا . وإن دخل داراً موقوفة على زيد ، فإن قلنا : الوقف ملك للموقوف عليه، حنث والا ، فلا . ولو دخل داراً لمكاتب زيد ، لم يحنث .

فرع

حلف : لايدخل دار المكاتب . حنث بدخولها على الصحيح ، لأنه مالك نافذ التصرف .

المسألة الثانية : حلف : لايدخل دار زيد، فباعها زيد، ثم دخلها، لم يحنث ، لأنه لم يدخل دار زيد ، وكذا لو قال : لاأكلم عبد فلان أو أجيره أو زوجته ، فكلم بعد زوال ملكه عن العبد وانقطاع الإجارة والنكاح، أو قال : لا أكلم سيد [هذا] العبد ، أو زوج هذه المرأة ، فكلم بعد زوال الملك والنكاح ، لم يحنث . فلو اشترى زيد بعد ماباعها داراً أخرى ، قال الصيدلاني : إن قال : أردت الأولى بعينها، لم يحنث بدخول الثانية ، وإن قال : أردت أي دار تكون في ملكه ، حنث بالثانية دون الأولى ، وإن قال : أردت أي دار جرى عليها ملكه ، حنث بأيتها دخل .

هذا كله إذا قال : دار زيد ولم يعين ، فأما إذا قال : لا أدخل دار زيد هذه . فباعها زيد . ثم دخلها ، فيحنث على الصحيح ، لأنه عقد اليمين على عين تلك الدار . ووصفها باضافة قد تزول . فغلب التعيين كما لو قال : لاأكلم زوجة زيد هذه،أو عبده هذا،فكلمهما بعد الطلاق والعتق، يحنث.ولو[1] قال : لاآكل لحم هذه البقرة،وأشار الى شاة،فإنه يحنث بأكل لحمها ، فلا يجيء فيها الخلاف فيما لو قال: بعتك هذه البقرة وهي شاة ، لأن العقود يراعى فيها شروط وتعبدات لايعتبر مثلها في الأيمان. ولو حلف : لا يكلم زيداً هذا . فبدل اسمه . واشتهر بالاسم المبدل ، ثم كلمه . حنث اعتباراً[2] بالتعيين .

الثالثة : حلف : لايدخل هذه الدار من هذا الباب . فدخلها من موضع آخر عتيق أو محدث ، وذلك البب بحاله ، لم يحنث ، فلو قلع الباب ، وحول إلى منفذ آخر من تلك الدار ، فثلاثة أوجه ، أصحها : تحمل اليمين على المنفذ الأول ، لأنه المحتاج اليه في الدخول ، فإن دخل منه . حنث ، وإن دخل من المنفذ المحول إليه ، لم يحنث . والثاني : يحمل على الباب المتخذ من الخشب ونحوه ، لأن اللفظ له حقيقة ، فيحنث بدخول المنفذ المحول اليه دون الأول . والثالث : يحمل عليهما لأن الإشارة وقعت إليهما ، فلا يحنث بدخول منفذ آخر ، وإن نصب عليه ذلك الباب ، ولا بدخول المنفذ الأول ، هذا إذا أطلق . فإن قال : أردت بعض هذه المحامل، حمل عليه ، وارتفع الخلاف ، ولو قلع الباب، ولم يحول الى موضع آخر ، حنث بدخول ذلك المنفذ على الأصح ويعبر عن الخلاف بأن الاعتبار بالمنفذ ، أم بالباب المنصوب عليه ؟ قال المتولي : بناء عليه لو قال : لاأدخل هذا الباب ، وقلنا : تنعقد اليمين على الباب

---

(١) في الأصل : وكما .

(٢) في الأصل : اعتبار .

المنصوب • فنقل إلى دار أخرى ، فدخلها منه ، حنث ، والمذهب أنه لايحنث إلا أن يريد : لا أدخل منه حيث نصب • ولو قال : لا أدخل باب هذه الدار ، ولا أدخل هذه الدار من بابها ، ففتح باب جديد ، فدخلها منه . حنث على الأصح • ولو قال : لا أدخلها من بابها ، فتسلق ونزل من السطح ، لم يحنث •

الرابعة : حلف : لايركب دابة عبد زيد ، ولايدخل داره ، لايحنث بالدابة والدار المجعولين باسم العبد ، الا أن يريد : فإن ملكه السيد دابة او داراً . بني على أنه هل يملك ؟ ان قلنا : نعم ، حنث ، والا . فلا• هذا هو الصحيح ، وقول الجمهور • وقال ابن كج : لايحنث وان قلنا: يملك لأن ملكه ناقص ، والسيد متمكن من إزالته ، فكأنه بينه وبينه ، وصار كمن حلف لايركب دابة زيد وركب مشتركة بينه وبين غيره • ولو حلف : لايركب دابة زيد ، فركب دابة ملكها زيد لعبده ، إن قلنا : لم يملك . لم يحنث ، والا ، فيحنث • ولو حلف : لايركب دابة العبد ، فعتق وركب دابة يملكها،فقطع الغزالي بالحنث ، وابن كج بالمنع إذا لم لم يكن له بينة ، لأنه إنما يركب دابة حر • وينبغي أن يقال : إن قال : لأركب دابة هذا ، حنث ، وإن قال : دابة عبد ، فلا ، وإن قال : دابة هذا العبد . فليكن على خلاف يأتي ان شاء الله فيما لو حلف لايكلم هذا العبد ، فعتق ، ثم كلمه • ولو قال : لا أركب سرج هذه الدابة ، فركب السرج المعروف بها ، حنث وإن كان على دابة أخرى ، ويقرب من هذا ما إذا حلف على دار أو خان منسوب ، فيحمل على التعريف ، كخان أبي يعلى عندنا ، وكدار العقيقي بدمشق •

المسألة الخامسة : حلف : لا ألبس ثوباً منّ به فلان علي ، أومامن به علي . فلبس ثوباً وهبه له ، أو أوصى له به ، حنث • ولو لبس ماباعه اياه بمحاباة ، لم يحنث ، لأن المنة في نقص الثمن لا بالثوب • وكذا لو

باعه ثوباً . ثم أبرأه من ثمنه ، فلبسه ، أو أبدل الموهوب ، او الموصى به بغيره ، أو باعه واشترى بثمنه ثوباً فلبسه ، لم يحنث ، لأن الأيمان تبنى على الألفاظ ، لاعلى القصود التي لايحتملها اللفظ ، ولهذا لو منَّ عليه رجل ، فحلف : لايشرب له ماء من عطش ، فشربه من غير عطش ، أو أكل له طعاماً ، أو لبس له ثوباً ، لايحنث ، لأن اللفظ لايحتمله، وإنْ كان يقصد[1] في مثل هذا الوضع الامتناع من جميع هذا .

السادسة : حلف : لايلبس من غزل فلانة ، أو ثوباً من غزلها ، فلبس ثوباًخيط بغزلها ، لم يحنث . وإن لبس ثوباً سداه من غزلها ، واللحمة من غيره ، فإن كان قال : لا ألبس ثوباً من غزلها ، لم يحنث . وإن قال : لا ألبس من غزلها ، حنث ، بخلاف الخيط ، فإنه لا يوصف بأنه ملبوس .

فرع

يراعى مقتضى اللفظ في هاتين المسألتين ونظائرهما في تناول الماضي والمستقبل أو أحدهما ، فإذا قال : لا ألبس مامن به علي ، فإنما يحنث بلبس ماتقدمت المنة به بالهبة وغيرها . ولا يحنث بما يمن به فيما بعد . وإذا قال : لاألبس ماغزلته فلانة ، فإنما يحنث بما غزلته من قبل دون ما تغزله فيما بعد . ولو قال : لا ألبس ما يمن به ، أوما تغزله ، حنث بما تحدث المنة به وغزله دون ما سبق .

ولو قال : لا ألبس من غزلها ، دخل فيه الماضي والمستقبل .

السابعة : حلف : لا يلبس ثوباً ، حنث بلبس القميص والرداء والسراويل والجبة والقباء ونحوها . وسواء المخيط وغيره ، والقطن والكتان والصوف والإبريسم . وسواء لبسه على الهيئة المعتادة أو

---

(١) في الأصل : يقصر .

بخلافها ؛ بأن ارتدى أو اتزر بالقميص ، أو تعمم بالسراويل، ولا يحنث بلبس الجلود وما يتخذ منها . ولا بلبس الحلي والقلنسوة ، ولا بوضع الثوب على الرأس . ولا بأن يفرشه ويرقد عليه . ولو تدثر به ؛ لم يحنث على الأصح . لأنه لايسمى لبساً ، ولو قال : لا ألبس حلياً ؛ حنث بالسوار والخلخال والطوق والدملج ، وخاتم الذهب والفضة ، ولايحنث بالمتخذ من شبه[1] أو حديد.ويحنث بمخنقةاللؤلؤ والجواهر وإن لم يكن فيها ذهب . ولا يحنث بتقلد[2] السيف المحلى.وفي المنطقة المحلاة وجهان ، أصحهما : أنها من حلي الرجل ، ويحنث بلبس الخرز والسبج[3] إن كان الحالف من قوم يعتادون التحلي بهما،كأهل السواد. وفي غيرهم وجهان ، كما لو حلف غير البدوي : لايدخل بيتاً،فدخل بيت شعر . ولو حلف : لايلبس شئياً ؛ حنث بلبس الثياب والحلي والقلنسوة والجلود ، وفي الدرع والخف والنعل والجوشن وجهان . أصحهما : يحنث . وقد يطرد الخلاف في الحلي والقلنسوة . ولو قال : لا ألبس قميصاً . فارتدى أو اتزر بقميص ؛ حنث على الأصح . ولو فتقه وقطعه وارتدى ، أو اتزر به . لم يحنث . لفوات اسم القميص . ولو قال : لا ألبس هذا القميص . فارتدى به أو اتزر ، أو قال : لا ألبس هذا الرداء،فاتزر به ، أو تعمم،حنث على الصحيح،لتعلق اليمين بعين القميص. ولو قال : لا ألبس هذا الثوب ، وكان المحلوف عليه قميصاً أو رداءً ، ففتقه واتخذ منه نوعاً آخر . بأن جعل القميص رداء ، او الرداء جبة أو تككاً ، أو الخف نعلا ، ثم لبس المتخذ ، حنث على الأصح ، إلا أن ينوي لايلبسه مادام على تلك الهيئة . فلو لم يذكر الثوب ، بل قال : لاألبس هذا القميص ، أو هذا الرداء ، ففتقه ، واتخذ منه نوعاً آخر

(١) بفتحتين : مايشبه الذهب في لونه ، وهو أرفع الصفر .
(٢) في الأصل : بتقليد .
(٣) هو الخرز الأسود معرب شبه .

ولبسه . ففيه الوجهان ، لكن الأصح هنا : لايحنث ، كما سيأتي في نظائره إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : لايحنث ، فأعاد الهيئةالأولى، ففي الحنث الوجهان في الدار تعاد بعد الانهدام بذلك النقص . ولو كان قال في يمينه : لا ألبس هذا القميص ، أو الثوب قميصاً، أو هذا الثوب أو الرداء رداء ، فإن تقمص بالقميص ، أو ارتدى بالرداء . حنث ، وإن اتزر بالقميص أو تعمم بالرداء ، لم يحنث . وكذا لو اتخذ من القميص غير قميص . ومن الرداء غير رداء ، ثم لبسهما ، ولو قال : لا ألبسه وهو قميص ، فارتدى به ، أو تعمم أو اتزر ، حنث ، لأنه لبس وهو قميص ، وإن اتخذ منه غير القميص ولبسه ، لم يحنث .

فرع

الوجهان فيمن قال : لا ألبس هذا القميص . فاتخذ منه غيره ولبسه . يجريان في صور . منها : لو أشار الى صبرة حنطة ، وقال . لاآكل هذه ، حنث بأكلها على هيئتها ، وبأكلها بعد الطحن والعجن والخبز والطبخ . ولو قال : لاآكل حنطة ، لم يحنث بالخبز والعجين والدقيق والسويق . ويحنث بأكل الحنطة نيئة ومقلية ومطبوخة ومبلولة . ولو قال : لا آكل هذه الحنطة ، حنث بأكلها نيئة فقط ، ومطبوخة، وهل يحنث بأكل دقيقها وسويقها وعجينها وخبزها ؟ وجهان . أصحهما : لا، وبه قطع بعضهم ، لزوال اسم الحنطة ، فصار كما لو زرعها وأكل حشيشها . أو قال : لاآكل هذا البيض ، فصار فرخاً فأكله . فلو قال : لاآكل من هذه الحنطة ، فكذلك الحكم . إلا أن هنا يحنث بأكل بعضها . وحكي وجه أنه إذا قال : من هذه الحنطة.حنث بأكل كل مايتخذمنها . ولو قال : لاآكل هذا الدقيق ، فأكل عجينه أو خبزه . أو هذا العجين، فأكل خبزه . فعلى الخلاف .

ومنها : لو قال : لا آكل هذا الحيوان ، فذبحه وأكله ، حنث ؛ لأن الحيوان هكذا يؤكل ، وهو كما لو حلف : لايلبس هذا الغزل ، فلبس ثوباً نسج منه ، حنث • ولو قال : لا آكل لحم هذه السخلة أو الخروف ، فصار كبشاً فذبحه وأكله ، فمن قال في مسألة الحنطة : يحنث ، قال هنا : يحنث ، ومن قال هناك : لايحنث ، قال هنا : وجهان، أصحهما : لايحنث،ويجرى الوجهان فيما لو قال : لا أكلم هذا الصبي، فكلمه بعد مصيره شاباً ، أو هذا الشاب فكلمه بعد مصيره شيخاً •

ومنها : لو قال : لا أكلم هذا وأشار الى عبد فعتق ، ثم كلمه ، حنث ، ولو قال : لا أكلم هذا العبد ، فعتق ، فهو كمسألة السخلة •

ومنها : لو قال : لاآكل هذا الرطب ، فصار تمراً ، أو هذا البسر فصار رطباً . أو العنب فصار زبيباً ، أو لا أشرب هذا العصير ، فصار خمراً ، أو هذا الخمر فصار خلا ، أو لا آكل هذا التمر ، فاتخذ منه عصيدة ، ثم أكل أو شرب ، ففيه هذا الخلاف ، وذكر الصيدلاني أن الشافعي رحمه الله نص على عدم الحنث في مسألة الحنطة والتمر. وعلى الحنث في الصبي والسخلة • فقيل : قولان : وقيل : بتقرير النصين • والفرق من وجهين : أحدهما : أن مسألة الحنطة والتمر تبدل الاسم ، وفي السخلة والصبي تبدل الصفة ، وتبدل الصفة لايسقط الحنث ؛ والثاني : أن التبدل في الأول بمعالجة ، بخلاف الثاني •

فرع

حلف : لايلبس الخاتم ، فجعله في غير الخنصر من أصابعه ، فعن المزني في « الجامع » أنه لايحنث ، وتابعه البغوي ، وقاسه على مالو حلف : لايلبس القلنسوة ، فجعلها في رجله ، والذي حكاه الروياني عن الأصحاب أنه يحنث •

الثامنة : حلف : لايخرج فلان إلا بإذنه ، فأذن بحيث لم

يسمح المأذون له ، ولم يعلم وخرج ، فطريقان : المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور : لايحنث ، لأن الإذن والرضى قد حصل • وقيل : وجهان ، وقيل : قولان منصوص ومخرج : انه يحنث ، وهو مخرج من مسألة عزل الوكيل • وعلى هذا الخلاف ما لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذني ، فأنت طالق ، فأذن وخرجت وهي جاهلة بالإذن ، فينبغي أن يشهد على الإذن ليثبته عند التنازع • فإن لم تكن بينة ، فهي المصدقة بيمينها في إنكار الإذن • وفي كتاب ابن كج أن الزوج هو المصدق ؛ كما لو أنكر أصل التعليق • ثم قال الشافعي رحمه الله : الورع أن يحنث نفسه،وليس معناه أن يعدها مطلقة من غير أن يطلقها، لأنا حكمنا بأنها زوجته ، فكيف تنكح غيره ؟ بل إن كان علق الطلاق الثلاث ، فالورع أن يطلقها ثلاثاً ، وإن كان المعلق طلقة رجعية ؛ وأراد إمساكها ، راجعها ، وإلا ، طلقها لتحل للأزواج ، فان راجعها ، ثم طلقها طلقتين ، فالورع أن لاينكحها إلا بعد زوج ، وإذا نكحها بعد زوج ، كانت عنده بطلقة ، فإن طلقها ، لم تحل إلا بزوج ، لأنه لم يقع عليها بالخروج شيء، وقد طلقها بعده ثلاثاً ، والزوج الثاني قبل استيفاء الثلاث لا أثر لـه •

فرع

حلف : لايخرج فلان بغير إذنه ، أو إلا بإذنه ، فخرج بغير إذنه ، حنث ، وإن خرج بإذنه ، لم يحنث • وعلى التقديرين تنحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن أو بغير إذن ، لم يحنث • وكذا لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني فأنت طالق ، إن خرجت بغير إذنه[1] ، طلقت ، وإن خرجت بالإذن ، لم تطلق ، وتنحل اليمين

(1) في الأصل : اذني .

على التقديرين • وكذا الحكم لو قال : إن خرجت حتى آذن لك . أو إلى أن آذن لك أو إلا أن آذن لك . فأنت طالق • وحكي قول أو وجه وهو اختيار المزني والقفال. أنه لاتنحل اليمين بخروجها بالإذن ، كما لو قال : إن خرجت لابسة للحرير ، فأنت طالق ، فخرجت غير لابسة . لاتنحل اليمين ، حتى لو خرجت بعده لابسة . طلقت ، والمذهب الأول . وهو المنصوص . لأن اليمين تعلقت بخرجة واحدة ، وهي الأولى • قال البغوي : ومقتضى هذا أنه لو قال : إن خرجت غير لابسة للحرير أو لابسة . فأنت طالق . فخرجت لابسة تنحل اليمين ، وهذا يخالف قول الغزالي : لو قال : إن خرجت بلا خف ، فأنت طالق ، فخرجت بخف . لاتنحل اليمين ، وفرق بينه وبين مسألة الإذن بفرق ضعيف . فالوجه التسوية بين الصورتين . كما ذكره البغوي • ولو قال : كلما خرجت . أو كل وقت خرجت بغير إذني ، فأنت طالق . فخرجت مرة بالإذن . لم تنحل اليمين ، لأنها صيغة تكرار • فلو قال : أذنت لك في الخروج كلما أردت . أغناه ذلك عن تجديد الإذن لكل خرجة • ولو قال : متى خرجت . أو متى ما ، أو مهما . أو أي وقت . أو أي حين . فالحكم كما لو قال : إن خرجت . لأن هذه الصيغ لاتقتضي التكرار • وفي «الرقم» للعبادي : إلحاق متى ما . ومهما بـ «كلما» وهو خلاف نصه في «الأم» • ولو قال : إن خرجت أبداً إلا بإذني . فأنت طالق . لم يلزم التكرار أيضاً . بل معناه في أي وقت خرجت . قريب أو بعيد • وإذا علق الطلاق كما صورنا . ثم أذن لها في الخروج . ثم رجع عن الإذن . فخرجت بعده . نص في «الأم» أنها لاتطلق . لأن الإذن قد وجد . فزال حكم اليمين . والمنع بعده لايفيد • ورأى أبو بكر الفارسي والمحققون تنزيل النص على ما إذا قال في التعليق : حتى آذن لك . لأنه جعل إذنه غاية اليمين . وقد حصل الإذن . فأما إذا قال : بغير إذني أو إلا بإذني ،

فإذا رجع ، ثم خرجت ، فهذا خروج بغير إذن ، وهو أول ما وجد بعد اليمين ، فيقع الطلاق • ومنهم من قال : قوله : إلا بإذني محتمل أيضاً للغاية ، فيحمل عليها • ولو قال : إن خرجت بغير إذني لغير عيادة ، فأنت طالق ، فخرجت لعيادة ، ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها ، لم تطلق • وإن خرجت لعيادة وغيرها ، فالمذكور في « الشامل » منسوباً الى نصه في « الأم » أنه لايحنث ، وذكر البغوي أنه الأصح • ويشبه أن يقال : إن كان المقصود بقوله لغير عيادة ماهو بمعزل عنها ، لم يحنث ، وهذا هو السابق الى الفهم منه ، وإن كان المقصود مايغايره في الحقيقة ، فمجموع العيادة والحاجة الأخرى يغاير مجرد العيادة •

قلت : الصواب الجزم بأنه لايحنث • **والله أعلم**

وإن قال : إن خرجت إلا لعيادة ، فينبغي أن يحنث ، لأنه يصدق أن يقال : لم تخرج للعيادة بل لها ولغيرها •

النوع الخامس في الكلام وفيه مسائل :

إحداها : إذا قال : والله لا أكلمك فتنح عني ، أو قم أو اخرج ، أو شتمه ، أو زجره ، حنث ، سواء عقب هذا لليمين متصلا أم فصله ، لأنه كلمه • وقيل : لايحنث إذا وصله ، لأن المقصود به تأكيد اليمين ، والصحيح الأول • ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً ، فقولان : الجديد : لايحنث ، ومنهم من قطع به ، وقيل : القديم إنما هو إذا نوى بيمينه المكاتبة • وقيل : القولان في الغائب ، فإن كان معه في المجلس ، لم يحنث قطعاً ، والمذهب طردهما في كل الأحوال•ويجريان في الإشارة بالرأس والعين ، ولا فرق على الجديد بين إشارة الأخرس والناطق ، وإنما أقيمت إشارة الأخرس في المعاملات مقام النطق للضرورة •

فرع

هجران المسلم فوق ثلاثة أيام : فلو كاتبه أو راسله ، فهل يزول الإثم ؟ نظر إن كانت مواصلتهما قبل الهجران بالمكـاتبة أو المراسلة ، ارتفع الإثم ، وإلا فإن تعذر الكلام لغيبة أحدهمـا ، فكذلك ، وإلا ، فوجهان بناء على القولين الجديد والقديم ، حتى لو حلف أن يهاجره ، فهل يحنث بالمكاتبة والمراسلة ؟ فيه هذا الخلاف . وأطلق ابن أبي هريرة أنه يرتفع الإثم بالمكاتبة والمراسلة ، ثم لايخفى أن المكاتبة إنما ترفع الإثم إذا خلت عن الإيذاء والإيحاش ، وإلا ، فهو كما لو كلمه بالشتم والإيذاء ، فإنه لاتزول به المهـاجرة ، بل هو زيادة وحشة ، وتأكيـد للمهاجرة . ولا يحنث بمثل هذه المكاتبة إذا حلف على المهاجرة .

قلت : تحريم المهاجرة فوق ثلاثة أيام إنما هو فيما إذا كـانت المهاجرة لحظوظ النفوس وتعنتات أهل الدنيا ، فأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهراً بالظلم والفسوق ، فلا تحرم مهاجرته أبداً ، وكـذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية . فلا تحريم ، وعلى هذا يحمل ماجرى للسلف من هذا النوع ، والأصح أنه لايزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة. قال صاحب « البيان » : وينبغي أن تكون الإشارة والرمز كالمكاتبة كما قلنا في الحنث . **والله أعلم**

فرع

حلف : لايكلمه ، ثم سلم عليه ، حنث ، لأن السلام كلام ، وأن يسلم على قوم هو فيهم . فإن قصده بالسلام ، حنث . قال في «البيان» ويجيء أن لايحنث على قول من قال : إذا حلف لايأكل السمن ، فأكله مع غيره ، لايحنث وإن استثنى لفظاً ، لم يحنث . وإن استثناه بالنية ،

لم يحنث أيضاً على المذهب • وإن أطلق ، حنث على الأظهر • ولو سلم من صلاته ، والمحلوف عليه من المأمومين ، ففيه هذا التفصيل • ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه ، فسبح لسهوه ، أو فتح عليه القراءة ، لم يحنث ، ولو قرأ آية ، فهم المحلوف عليه منها مقصوده[1] ، فان قصد القراءة ، لم يحنث ، وإلا ، فيحنث •

المسألة الثانية : حلف : لايتكلم ، حنث بترديد الشعر مع نفسه ، لأن الشعر كلام ، ولا يحنث بالتسبيح والتهليل والتكبير والدعاء على الصحيح ، لأن اسم الكلام عند الإطلاق ينصرف الى كلام الادميين في محاوراتهم • وقيل : يحنث ، لأنه يباح للجنب[2] ، فهو كسائر الكلام، ولا يحنث بقراءة القرآن •

قلت : قال القفال في شرح «التلخيص» : لو قرأ التوراة الموجودة اليوم ، لم يحنث ، لأنا نشك أن الذي قرأه مبدل أم لا • **والله أعلم** •

الثالثة : حلف : ليثنين على الله أحسن الثناء ، فطريق البر أن يقول: « لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » زاد ابراهيم المروزي في آخره : « فلك الحمد حتى ترضى » فصور المتولي المسألة فيما لو قال : لأثنين على الله تعالى بأجل الثناء ، أو أعظمه ، وزاد في أول الذكر « سبحانك » ولو قال : لأحمدن الله بمجامع الحمد ، وقال المتولي : بأجل التحاميد ، فطريق البر أن يقول : « الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافىء مزيده » ولو قال : لأصلين على النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصلاة عليه ، فطريق البر أن يقول : اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون وكلما سها عن ذكره الغافلون• ذكره ابراهيم المروذي •

---

(١) في الأصل : لمقصوده .
(٢) في الأصل : للحنث .

قلت : أما الصورتان الأوليان ، فذكرهما جماعة من متـأخري الخراسانيين،وليس لهما دليل يعتمد •ومعنى «يوافي نعمه» أي:يلاقيها ، فتحصل معه ، «ويكافىء مزيده» بهمزة في آخره ،أي:يساوي مزيد نعمه ومعناه : يقوم لشكر مازاد من النعم والإحسان • وأما مسألة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد ذكرها عن ابراهيم المروزي وحده، وقد يستأنس لذلك بأن الشافعي رحمه الله كان يستعمل هذه العبارة ، ولعله أول من استعملها ، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم بـه أن أفضل ما يقال عقيب التشهد في الصلاة : اللهم صل على محمـد وعلى آل محمد ، كما صليت على إبراهيم إلى آخره ، فقـد ثبت في الصحيح أنهم قالوا يا رسول الله : كيف نصلي عليك ، فقال : قولوا : اللهم صل على محمد الى آخره • والله أعلم

فصـل

حلف : لايصلي ، فهل يحنث بالتحرم بالصلاة أم لايحنث حتى يركع ؟ أم حتى يفرغ من الصلاة ؟ فيه أوجه : أصحها الأول • ولـو أفسدها بعد الشروع ، حنث على الأول ، ولا يحنث على الثالث ، ولا على الثاني إن لم يكن ركع ، ولا يجيء الثاني إذا صلى على جنازة • ولو أحرم مع إخلاله ببعض الشروط ، لم يحنث ، لأنه لم يصل لعـدم انعقادها • ولو حلف : ما صليت وقد أتى بصورة صلاة فاسدة ، لـم يحنث ولو لم يجد ماء ولا تراباً ، وصلى ، حنث ، لأنها صلاة إلا أن يريد الصلاة المجزئة • ولو قال : لا أصلي صلاة ، لايحنث حتى يفرغ• **قلت** : وينبغي أن لايحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف ، ويحنث بالصلاة بالإيماء ، حيث يحكم بصحتها • والله أعلم •

ولو حلف : لايصوم ، فهل يحنث بأن يصبح صائماً، أو بأنينوي صوم التطوع قبل الزوال ، أم لايحنث حتى يتم ؟ فيه الخلاف • وإذا قلنـا : لايحنث إلا بالفراغ ، فهـل تتبين استنـاد الحنث الى الأول فيه وجهـان •

قلت : وينبغي أن يكون في الحج الخلاف في أنه يحنث بمجرد الإحرام،أم بعد الفراغ • وعلى قياس الثاني في اشتراط الركوع لكونه معظم الركعة يجيء وجـه ثالث باشتراط الوقوف بعرفات ، وأمـا الاعتكاف فيحنث[1] بمجرد نيته ، ويحتمل أن يجيء خلاف في اشتراط ساعة ، بناء على أنه لايصح اعتكاف لحظة • ولو حلف : لايقرأ ، حنث بما قرأ ولو بعض آية • **والله أعلم**

النوع السادس في تأخير الحنث وتقديمه وفيه مسائل :

إحداها : حلف : ليأكلن هذا الطعام غداً ، فلا يخفى البر إن أكل غداً ، والحنث إن أخره عن الغد مع الإمكان • فلو تلف الطعام قبـل الغد بنفسه ، أو بإتلاف أجنبي ، فقد فات البر بغير اختياره ، فيخرج حنثه على قولي المكره ، والأظهر أنه لايحنث • ويقال : إنه المنصوص، فإن قلنا : يحنث ، فهل يحنث في الحال الحصول اليأس ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه قولان أو وجهان ، فقطع ابن كج بالثاني • قـال المتولي ؛ وفائدة الخلاف أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم ، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفارته إن قلنا : يحنث قبل الغد •

قلت : ومن فوائده لو مات الحالف قبل مجيء الغد أو أعسر ، وقلنا : يعتبر في الكفارة حال الوجوب • **والله أعلم** •

---

(١) في الأصل : فيجب •

فان قلنا : لايحنث قبل مجيء الغد ، فهل يحنث إذا مضى من الغد زمن إمكان الأكل أم قبيل غروب الشمس ؟ وجهان . قال البغوي : أصحهما الأول . ولو مات الحالف قبل مجيء الغد ، فقيل : هو كتلف الطعام ، فيكون على الخلاف ، والمذهب القطع بأن لاحنث ، وهو الذي يقتضي كلام ابن كج والبغوي وغيرهما ، لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث . ولو مات بعد مجيء الغد وقبل امكان الأكل ، فهو كتلف الطعام بعد مجيء الغد على ما سنذكره إن شاء الله تعالى من التفصيل ، وقطع المتولي بأن لاحنث .

أما إذا تلف الطعام أو بعضه بعد مجيء الغد ، فينظر ، إن كان قبل التمكن من الأكل ، فهو كتلف الطعام قبل الغد ، وفيه الخلاف . وإن تلف بعد التمكن ، أو مات الحالف بعد التمكن ، فالمذهب الحنث، لأنه تمكن من البر ،فصار كما لو قال : لآكلن هذا الطعام ، وتمكن من أكله ولم يأكله حتى تلف ، فانه يحنث قطعاً . فعلى هذا هل يحنث في الحال ، أم قبل غروب الشمس ؟ فيه الوجهان . ولو أتلف الحالف الطعام قبل الغد بأكله أو بغيره ، أو أتلف بعضه ، حنث ، وهل يحنث في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه الخلاف ، كما لو تلف . ولو قال : لآكلن هذا الطعام قبل غد ، فتلف قبل الغد وبعد التمكن ، حنث . وهل يكون حنثه في الحال ، أم إذا جاء أول الغد ؟ وجهان حكاهما الصيدلاني . ولو قال : لآكلنه[1] اليوم ، فيقاس بما ذكرناه في الغد .

---

(١) في الأصل : لا اكلته .

الثانية : قال : والله لأقضين حقك ، ومات قبل القضاء ، نظر ، إن تمكن من القضاء فلم يفعل ، حنث • وإن مات قبل التمكن ، فعلى قولي الإكراه ، كذا نقله البغوي والمروزي وغيرهما ، وقطع المتولي بأنه لايحنث • ولو قال : لأقضين حقك غداً ، ومات قبل مجيء الغد أو بعد مجيئه وقبل التمكن ، فمن أثبت القولين إذا لم يقيد بالغد ، أثبتهما هنا ، ومن قطع بالمنع ، قطع بالمنع هنا أيضاً • ولو مات بعد التمكن جاء الطريقان المذكوران في مسألة الطعام وموت صاحب الحق : لايقتضي الحنث ، لاعند الإطلاق ، ولا عند التقييد بالغد ، لإمكان القضاء بالدفع الى الورثة • ولو قال : لأقضينك حقك غداً ، فهو كقوله : لآكلن هذا الطعام غداً ، فطريق البر والحنث ظاهر ، وموت صاحب الحق هنا كتلف الطعام • فإن مات قبل مجيء الغد أو بعده وقبل التمكن من القضاء ، فعلى قولي الإكراه ، وإن مات بعد التمكن، ففيه الطريقان السابقان • فإن حنثناه ، فهل يحنث في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه القولان • وموت الحالف والحالة هذه قبل مجيء الغد وبعده على ماذكرنا في مسألة الطعام • فإن حنثناه ، فلا يستبعد كون وقت الحنث دخل وهو ميت ، لأن السبب هو اليمين ، وكانت في الحياة ، وهو كما لو حفر بئراً متعدياً ، فتلف بها إنسان بعد موته ، يجب الضمان والكفارة في ماله • وإن قضاه قبل مجيء الغد ، فقد فوت البر ، فيحنث إلا أن يريد أنه لايؤخر القضاء عن الغد ، وهو كإتلاف الطعام قبل الغد ولو أبرأه صاحب الحق في هذه الصور • فإن قلنا : الإبراء يحتاج الى القبول ، فقبل، حنث لتفويته البر[1] باختياره ، إلا أن يريد باليمين : لا يمضي الغد ، وحقه باق عليه • وإن لم يقبل ،

---

(١) في الأصل : بالبر .

لم يحنث ، لبقاء الحق عليه وإمكان قضائه . وإن قلنا : لا يحتاج الإبراء الى قبول ، سقط الدين . وفي الحنث قولا الإكراه ، لفوات البر بغير اختياره . والهبة في العين والصلح عن الدين ، كالإبراء إذا قلنا : إنه يحتاج الى القبول . ولو قال : لأقضينك حقك غداً إلا أن تشاء[1] أن أؤخره ، فإن قضاه غداً ، بر ، سواء شاء صاحب الحق أم لا . وإن لم يقضه في الغد ، فإن شاء صاحبه تأخيره قبل مضي الغد ، لم يحنث ، وإن لم يشأ ، حنث . وكذا لو قال : إلا أن يشاء زيد أن أؤخره ، إلا أنه إذا مات صاحب الحق قبل مجيء الغد ، فالحنث على قولي الإكراه ، وإن مات بعده وبعد التمكن ، ففيه الطريقان . وإن مات زيد قبل الغد أو في أثنائه ولم يعلم مشيئته ، لم يحنث في الحال ، لإمكان القضاء بعد موته ، فإذا غربت الشمس ولم يقض ، حنث حينئذ . ولو قال : لأقضينك حقك الى الغد إلا أن تشاء تأخيره ، فينبغي أن يقدم القضاء على طلوع الفجر من الغد ، فإن لم يفعل ولم يشأ صاحب الحق تأخيره ، حنث .

فرع

حلف : ليطلقن زوجته غداً ، فطلقها اليوم ، نظر إن لم يستوف الثلاث ، فالبر ممكن ، وإن استوفاه ، فقد فوت البر ، فيحنث ، وكذا لو كان عليه صلاة عن نذر ، فحلف ليصلينها غداً ، فصلاها اليوم ، حنث .

الثالثة : قال : لأقضين حقك عند رأس الهلال ، أو مع رأس الهلال ، أو عند الاستهلال ، أو مع رأس الشهر ، فهذه الألفاظ تقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر ، ولفظتا « عند » و « مع » تقتضيان المقارنة[2] . فإن قضاه قبل ذلك أو بعده ، حنث ، فينبغي أن

---

(١) في الأصل : يشاء الله ، وهو غلط ، وما اثبتناه موافق لبقية النسخ .

(٢) في الأصل : المقاربة .

يعد المال ويترصد ذلك الوقت فيقضيه فيه ، وحكى الإمام والغزالي وجهاً أن له فسخه في الليلة الأولى ويومها ، لأن اسم رأس الهلال والشهر يقع عليهما والصحيح الأول • وإذا أخذ في الكيل أو الوزن عند رؤية الهلال ، وتأخر الفراغ لكثرة المال ، لم يحنث ، وبمثله أجيب فيما لو ابتدأ حينئذ بأسباب القضاء ومقدماته ، كحمل الميزان • ولو أخر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال ، فبان كونها من الشهر ، ففي الحنث قولا حنث الناسي والجاهل • ولو قال : لأقضين حقك أول الشهر ، فهو كقوله : عند رأس الشهر • ولو قال : أول اليوم ، فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر • ولو قال : لأقضين حقك إلى رأس الشهر ، أو إلى رمضان ، فالأصح أنه يشترط تقديم القضاء على رأس الشهر ، وعلى رمضان • وقيل : هو كقوله عند رأس الشهر •

فرع

لو قال : لأقضين حقك إلى حين ، لم يختص ذلك بزمان مقدر ، بل يقع على القليل والكثير ، كما سبق في كتاب الطلاق، فيكون كقوله: لأقضين حقك ، فمتى قضاه ، بر ، وإنما يحنث إذا مات قبل القضاء مع التمكن • ولو قال: إلى زمان أو دهر أو حقب، أو أحقاب ، فكذلك، وجميع العمر مهلة له • ولو قال : لا أكلمك حيناً أو دهراً أو زماناً أو حقباً ، بر بأدنى زمان ، ولو قال : أنت طالق بعد حين ، طلقت إذا مضى لحظة • والفرق أن قوله : طالق بعد حين تعليق ، فيتعلق بأول مايسمى حيناً • وقوله : لأقضين حقك ، وعد ، والوعد لايختص بأول مايقع عليه الاسم • ولو قال : لأقضين حقك إلى مدة قريبة أو بعيدة ، لم يتقدر أيضاً ، وهو كالحين • فلو قال : إلى أيام ، فوجهان • قال القاضي أبو الطيب والصيدلاني والبغوي وغيرهم : يحمل على ثلاثة أيام إذا لم يكن نية •

وقال آخرون ، منهم المحاملي : هو كالحين ، لأنه يقع على القليل والكثير . يقال : أيام العدل ، وأيام الفتنة ، فلا يتقدر .

قلت : الأول أصح ، لأنه المفهوم عند الإطلاق . وأما أيام الفتنة ونحوه ، فتخرج بالقرينة . والله أعلم

النوع السابع في الخصومات ونحوها فيه مسائل :

إحداها : حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي ، فله أحوال .
إحداها : أن يعين القاضي فيقول : إلى القاضي فلان ، فإذا رأى منكراً ، لايلزمه المبادرة بالدفع اليه ، بل له مهلة مدة عمره وعمر القاضي ، فمتى رفعه إليه ، بر ، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر ، بل يكفي أن يحضر وحده عند القاضي ، ويخبره أو يكتب إليه بذلك ، أو يرسل رسولا بذلك فيخبره ، أو يكتب به كتاباً [إليه] ، فإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما بعد التمكن ، حنث ، فإن لم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس ، أو جاء الى باب القاضي فحجب ، ففيه قولا حنث المكره .ولو بادر بالرفع ، فمات القاضي قبل وصوله إليه فطريقان. قال الشيخ أبو حامد : فيه القولان ، وقال أبو إسحاق والقاضي أبو الطيب : لايحنث قطعاً وهو المذهب لأنه لم يتمكن . ولو مات الحالف في صورة المبادرة قبل وصوله الى القاضي ، قال المتولي : لاكفارة بلا خلاف . فلو عزل ذلك القاضي ، فإن كان نيته أن يرفع إليه وهو قاض ، أو تلفظ به لم يبر بالرفع إليه وهو معزول ، ولا يحنث . وإن كان تمكن ، لأنه ربما ولي ثانياً ، واليمين على التراخي . فإن مات أحدهما قبل أن يولى ، تبينا الحنث . وإن نوى غير ذلك القاضي ، وذكر القضاء تعريفاً له ، بر بالرفع إليه وهو معزول . وإن أطلق ، فهل يبر بالرفع اليه وهو معزول ؟ وجهان : أصحهما : نعم ، كما لو قال :

لأدخل دار زيد هذه فباعها ، فإنه يحنث به تغليباً للعين ، فلا يحنث هنا تغليباً للعين •

الثانية : أن يقول : إلا رفعته الى قاض ، فيبر بالرفع الى أي قاض كان في ذلك البلد وغيره •

الثالثة : يقول : إلا رفعته إلى القاضي ، ولا يعين أحداً بلفظه ولا بنيته ، فهل يختص بقاضي البلد ؟ وجهان أحدهما : لا ، بل يبر بالرفع الى أي قاض كان ، والصحيح اختصاصه بقاضي البلد ، حملا له على المعهود • وهل يتعين قاضي البلد في الحال ، لأنه المعهود ، أم يقوم مقامه من ينصب بعده ؟ وجهان ويقال : قولان أصحهما : الثاني ، حتى لو عزل الأول وولي غيره يبر بالرفع إلى الثاني دون الأول • فإذا قلنا : يتعين قاضي البلد في الحال ، فالحكم كما ذكرنا في الحالة الأولى، وعلى هذا الوجه ، هل الاعتبار بحال اليمين ، أم بحال رؤية المنكر ؟ وجهان أصحهما : الأول • ولو كان في البلد قاضيان ، وجوزناه ، فيرفع الى من شاء منهما • ولو رأى المنكربين يدي القاضي المرفوع اليه ، قال في « الوسيط » : لا معنى للرفع اليه وهو يشاهده • وقال المتولي : إنما يحصل البر بأن يخبره [به] • ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي عليه ، فوجهان ، أحدهما : أنه فات البر بغير اختياره ، فيكون على القولين ، وأصحهما وبه أجاب البغوي : أنه يبر بالإخبار وصورة الرفع في الأحوال الثلاث • ولو لم ير الحالف منكراً حتى مات ، فلا شيء عليه ، وفي حال تعيين القاضي • ولو لم ير منكراً حتى مات القاضي ، فكذلك لاشيء عليه • ولو رآه بعد عزله ، فإن نوى الرفع إليه في حال القضاء ، فلا شيء عليه • وإن قصد عينه،فليخبره • ولو حلف : لايرفع منكراً الى القاضي فلان ، حنث بالرفع إليه وهو قاض • فلو رفع بعد العزل ، عاد التفصيل المذكور • وإن قال : إلى القاضي ، فهل يحمل

على قاضي البلد حينئذ ، أم يحنث بالرفع الى من ينصب بعد عزله ؟ فيه الخلاف السابق •

المسألة الثانية : حلف : لايفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه ، ففي المسألة نظران ، أحدهما : في حقيقة المفارقة ، والقول فيهـا على ما سبق في افتراق المتبايعين عن المجلس ، والرجوع إلى العادة • فـإن فارقه الحالف قبل الاستيفاء مختاراً ، حنث ، وإن كان ناسياً أو مكرهاً، فعلى القولين في الناسي والمكره • ولو فارقه الغريم وفر منه ، فقيـل قولان كالمكره ، والمذهب القطع بأنه لايحنث سواء تمكن من التعلق به ومنعه أو من متابعته أم لا ، بل لو كانت مفارقته بإذن الحالف ، لـم يحنث ، لأنه حلف على فعل نفسه ، فلا يحنث بفعل الغريم • وقـال ابن كج : يحنث إن أذن له • وقال الصيدلاني : يحنث إن أمكنه منعه فلم يفعل • وقال القاضي حسين : يحنث إن أمكنه متابعته ، لأنه بالمقام مفارق ، والصحيح الأول : ولو كانا يتماشيان ، فمشى الغريم ، ووقف الحالف ، فذكر الغزالي أنه لايحنث ، لأن المفارقـة حصلت بحركـة الغريم ، لابسكون الحالف ، والصحيح الذي أجاب به القاضي حسين وصـاحباه المتولي والبغوي أنه إذا مضى أحدهـما في مشيه ووقف الآخر ، حنث الحالف ، لأنه إن وقف الغريم ، فقـد فارقه الحـالف بمشيه ، وإن وقف الحـالف فقد فارقه بالوقوف لأن الحـادث هـو الوقوف ، فنسب المفارقة اليه بخلاف ما إذا كانـا ساكنين ، فابتـدأ الغريم بالمشي ، لأن الحادث هناك المشي ، وحيث قلنا : لا حنث بمفارقة الغريم • فلو فارق الحالف مكانه بعد ذلك ، لم يحنث • أما إذا قال : لاتفارقني حتى استوفي منك حقي أو حتى توفيني حقي، فاليمين منعقدة على فعل الغريم • فإن فارقه الغريم مختاراً ، حنث الحالف ، سواء كانت مفارقته بإذنه أم دون إذنه • وقيل : إن فر منه ، ففي حنثه القولان في

المكره ، والمذهب الأول ، لأن اليمين على فعله ، وهو مختار في الفرار . فإن فارقه ناسياً أو مكرهاً ، خرج الحنث على القولين . ونقل البغوي طريقاً قاطعاً بالحنث ، وأن الاختيار إنما يعتبر في فعل الحالف،والمذهب الأول . ولو فر الحالف من الغريم ، لم يحنث ، ويجيء وجه أنه إن أمكن الغريم متابعته فلم يفعل ، حنث . ولو قال : لا افترقت أنا وأنت حتى أستوفي ، أو لاتفترق لا أنا ولا أنت حتى أستوفي ، فاليمين على فعل كل منهما ، فأيهما فارق الآخر مختاراً ، حنث الحالف . فإن فارق ناسياً أو مكرهاً ، ففيه الخلاف . ولو قال : لا افترقنا حتى أستوفي ، أو لانفترق ، فوجهان : أحدهما : لايحنث حتى يفارق كل واحد منهما الآخر[1] . وأصحهما : يحنث بمفارقة أحدهما الآخر ، لأنه يقال : افترقا .

فرع

النظر الثاني في استيفاء الحق ، فإذا قال : لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك ، ثم أبرأه وفارقه ، حنث ، لأنه فوت البر باختياره ، وهل يحكم بالحنث بنفس الإبراء ، أم بعد المفارقة ؟ يجيء فيه الخلاف السابق في نظائره . ولو أفلس الغريم ، فمنعه الحاكم من ملازمته ففارقه ، ففيه قولا حنث المكره . وإن فارقه باختياره ، حنث . وإن كان تركه واجباً كما لو قال : لا أصلي الفرض ، حنث . ولو أحاله الغريم على رجل ، أو أحال هو على الغريم غريماً له عليه دين ، ثم فارقه ، فطريقان : أحدهما : البناء على أن الحوالة استيفاء أم اعتياض ؟ إن قلنا ، استيفاء ، لم يحنث ، والمذهب القطع بالحنث بكل حال ، لأنه ليس استيفاء حقيقة وحيث جعلناها استيفاء ، فمعناه أنها كالاستيفاء في

(١) في الأصل : للآخر .

الحكم ، لكن لو نوى أنه لايفارقه وعليه حق ، لم يحنث • ولو أخذ عوضاً عن حقه ، وفارقه ، حنث إلا أن ينوي ماذكرنا ، وسواء كانت قيمة العوض مثل حقه ، أو أقل أو أكثر ، لأنه لم يستوف[1] حقه ، وإنما استوفى بدله • وإن استوفى حقه من وكيل الغريم ، أو من أجنبي تبرع به ، وفارقه ، حنث إن كان قال : حتى أستوفي حقي منك ، ولا يحنث إن اقتصر على قوله : حتى أستوفي حقي • ولو استوفى ثم فارقه ، ثم وجد ما استوفاه ناقصاً ، لم يحنث إن كان من جنس حقه ، فإن لم يكن من جنسه ، بأن كان حقه الدراهم ، فخرج المأخوذ نحاساً أو مغشوشاً ، فإن كان عالماً بالحال ، حنث ، وإلا ، فعلى قولي الناسي والجاهل •

فرع

حلف الغريم : ليقضين حقه قبل أن يفارقه ، أو لايفارقه حتى يقضي حقه ، فالقول في مفارقته مختاراً أو مكرهاً وفي الحوالة والمصالحة وغيرها على قياس ما سبق • ولو حلف : لا يعطيه حقه ، فأعطاه مكرها أو ناسياً ، فهو على الخلاف • ولو قال : لا يأخذ[2] ولا يستوفي ، فأخذ ، حنث ، سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً • فلو كان الآخذ مكرهاً ، ففيه الخلاف •

المسألة الثالثة[3] : حلف على الضرب ، تعلقت اليمين بما يسمى ضرباً ، ولا يكفي وضع اليد والسوط ورفعهما ، ولا العض والقرص ونتف الشعر • وفي الوكز واللكز واللطم وجهان ، أصحهما : أنه

---

(١) في الأصل : يستوفي .
(٢) في الأصل : يأخذ .
(٣) في الأصل : الرابعة .

ضرب ، ولا يشترط الإيلام ، ولهذا يقال : ضربه ولم يؤلمه ، بخلاف الحد والتعزير ، فإنه يعتبر فيهما الإيلام ، لأن المقصود بهما الزجر ، ولا يحصل إلا بإيلام ، واليمين تتعلق بالاسم • وحكي وجه ضعيف أنه يشترط الإيلام ، وقد سبق في كتاب الطلاق •

فرع : ولو ضرب ميتاً ، لم يحنث ، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً أو سكران ، حنث ، لأنه محل للضرب بخلاف الميت ذكره المتولي • والله أعلم •

فرع

حلف : ليضربن عبده مائة خشبة ، أو ليجلدنه مائة سوط ، فإن شد مائة سوط وضربه بها ، فقد وفى بموجب اللفظ ، وإن ضربه بعثكال عليه مائة شمراخ ضربة واحدة ، حصل البر إن تحقق أن الجميع أصاب بدنه • وفي المراد بإصابة الجميع وجهان ، أصحهما : أنه لايشترط أن يلاقي جميع القضبان بدنه أو ملبوسه ، بل يكفي أن ينكبس بعضها على بعض ، بحيث يناله ثقل الجميع ، ولا يضر كون البعض حائلا بين بدنه وبين[1] البعض ، كالثياب وغيرها ، مما لا يمنع تأثر البشرة بالضرب • والثاني : لا يكفي الانكباس ، بل يشترط ملاقاة الجميع بدنه أو ملبوسه ، وإن تيقن أنه لم يصبه الجميع ، لم يبر • وإن شك في ذلك ، فالنص أنه لايحنث • ونص أنه لو حلف : ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد ، فلم يدخل ، ومات زيد ولم يعلم هل شاء[2] أم لا : أنه يحنث ، فقيل بتقرير النصين ، والفرق أن

(١) في الأصل : يديه وفي .
(٢) في الأصل : يشاء .

الضرب سبب ظاهر في الانكباس ، وفي مسألة المشيئة لا أمارة لها ، والأصل عدمها . وقيل : فيهما قولان . والمذهب : أنه لايحنث هنا ، ويحنث في مسألة المشيئة .

قلت : هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك ، وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي أنه إذا شك، حنث ، وإنمالايحنث على المنصوص اذا غلب على ظنه إصابة الجميع ، وهذا حسن ، لكن الأول أصح ، لأن بعد هذا الضرب شك في الحنث ، والأصل عدمه قال أصحابنا : وإذا قلنا : لا يحنث ، فالورع أن يحنث نفسه ، فيكفر عن يمينه . والله أعلم .

ولو حلف : ليضربنه مائة مرة فضربه مرة بالعثكال أو بالمائة المشدودة ، لم يبر ، لأنه لم يضربه إلا مرة . ولو حلف : ليضربنه مائة ضربة ، لم يبر أيضاً على الأصح . ولو حلف : ليضربنه بالسوط ، لم يبر بالعصا والشماريخ ، لأنه ليس بسوط . ولو قال : مائة سوط ، فالصحيح أنه لايبر بعثكال عليه مائة شمراخ ، وإنما يبر بأن يجمع مائة سوط ويشدها ويضربه بها دفعة ، أو خمسين ويضربه دفعتين ، أو سوطين ويضربه بهما خمسين مرة ، بشرط أن يعلم إصابة الجميع على ما سبق وقيل : يبر بالعثكال ، كما في لفظ الخشبة .

فصل

في حنث الناسي والجاهل والمكره . فإذا وجد القول أو الفعل المحلوف عليه على[1] وجه الإكراه أو النسيان أو الجهل ، سواء كان الحلف

---

(١) في الأصل : في .

بالله تعالى أو بالطلاق ، فهل يحنث ؟ قولان ، أظهرهما : لايحنث • وممن صححه أبو حامد القاضي والشيخ وابن كج والروياني وغيرهم • وقال ابن سلمة: لاحنث قطعاً • وقيل : الناسي أولى بالحنث من المكره• وقيل : عكسه • وقيل : الجاهل أولى بالحنث من الناسي • وقال القفال : يحنث في الطلاق دون اليمين ، وهو ضعيف ، فالمذهب ما سبق• فإذا قلنا : لاحنث ، لم تنحل اليمين على الأصح • ولو حلف : لايدخل الدار طائعاً ولا مكرهاً ولا ناسياً ، حنث مع الإكراه والنسيان • ولو حلف : لايدخل فانقلب في نومه وحصل في الدار ، لم يحنث ، ولو حمل[1] قهراً وأدخل ، فقيل : قولان كالمكره ، والمذهب القطع بأنه لايحنث ، لأن اليمين على دخوله ، ولم يدخل ، وإنما أدخل ، ولهذا لاتنحل اليمين والحالة هذه بلا خلاف • ولو حمل بغير إذنه ، لكن قدر على الامتناع ، فلم يمتنع ، لم يحنث على الصحيح ، لأنه لم يدخل بل أدخل • ولو حمل بأمره ، حنث كما لو ركب دابة ودخل • واعلم أنه لافرق في أصل المسألة بين أن يعلق على فعله أو فعل غيره ، فإذا وجد بالإكراه أو النسيان ، ففيه الخلاف ، هذا هو المذهب ، وفيه شيء سبق في مسألة الحلف على مفارقة الغريم •

ومن صور الفعل جاهلا أن يدخل داراً لايعرف أنها المحلوف عليها[2]، أو حلف : لايسلم على زيد ، فسلم عليه في ظلمة ولا يعلم أنه زيد •

فصل

حلف : لايسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ، ولم يعلم أنه فيهم ، ففي الحنث قولا حنث الناسي والجاهل ، وإن علم أنه فيهم

---

(١) في الأصل : وإن لم يحمل .
(٢) في الأصل : لا يعرف المحلوف .

ونوى السلام عليه معهم ، حنث ، وفيه ماحكينا عن البيان فيما لوحلف لا يكلمه ، فسلم على قوم هو فيهم وقصده ، فأما إذا استثناه بلفظه فقال : السلام عليكم إلا على زيد ، فلا يحنث . وإن استثناه بنيته ، لم يحنث أيضاً على المذهب . وإن أطلق ، حنث على الأظهر . ولو حلف : لايدخل على زيد ، فدخل على قوم هو فيهم فاستثناه بقلبه ، وقصد الدخول على غيره ، حنث على المذهب . والفرق بينه وبين السلام ، أن الدخول فعل لايدخله الاستثناء ، فلا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان ، ويصح أن يقول : سلام عليكم إلا على فلان . ولو دخل بيتاً فيه زيد ، ولم يعلم أنه فيه ، ففي حنثه قولا الجاهل والناسي . ولو كان في جماعة ولم يعلم به فأولى[1] بعدم الحنث ، وإن دخل لتشغل ، ولم يعلم أنه في البيت ، فأولى بعدم الحنث لانضمام قصد الشغل الى الجهل . قال الإمام : نص الشافعي رحمه الله في هذه الصورة أنه لا يحنث ، وخرج الربيع قولاً ، وجعله كالناسي . ولو علم أنه في البيت ، وقصد الدخول لشغل ، فقيل : يحنث قطعاً. وقيل : هو كما لو دخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه . ولو كان الحالف في بيت ، فدخل عليه زيد ، فإن خرج الحالف في الحال ، لم يحنث ، وإلا ، فقيل : لا يحنث ، وقيل : فيه خلاف بناء على أن استدامة الدخول هل هي دخول ؟ وأجاب ابن الصباغ عن هذا بأن الاستدامة إن جعلت دخولا كانا كالداخلين معاً ، فلا يكون أحدهما داخلا على الآخر .

قلت : الذي قاله ابن الصباغ حسن ، والمذهب أنه لايحنث . قال القاضي أبو الطيب : ونص عليه في « الأم » . والله أعلم .

---

(١) في الأصل : فالاولى .

فصــل

في أصول تتعلق بالكتاب لا تنعقد يمين صبي ، ولا مجنون ولا مكره وفي السكران الخلاف في طلاقه ، وتنعقد يمين الـكافر • ومن حلف : لايدخل الدار ، ثم قال : أردت شهراً أو يوماً • فـإن كانت اليمين بطلاق أو عتاق ، لم تقبل في الحكم ، ويدين ، ويلحق بهما الإيلاء ، لتعلق حق الآدمي به • وإن كانت بالله تعالى ، ولم يتعلق بها حق آدمي ، قبل قوله ظاهراً وباطناً ، لأنه أمين في حقوق الله تعالى • ولو حلف : لا يكلم أحداً ، ثم قال : أردت زيداً ، أو من سوى زيد ، أو لا يأكل طعاماً ، ونوى طعاماً بعينه ، تخصصت اليمين بما نوى ، فلا يحنث بغيره •

فرع

قال الشيخ أبو زيد رحمه الله : لا أدري على ماذا بنى الشافعي رحمه الله مسائل الأيمان ، إن اتبع اللغة ، فمن حلف لايأكل الرؤوس ينبغي أن يحنث برؤوس الطير والسمك ، وإن اتبع العرف ، فأهـل القرى لايعدون الخيام بيوتاً • وقد قال الشافعي : لافرق بين القروي والبدوي • واعلم أن الشافعي تتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلـك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد•

فرع

اللفظ الخاص في اليمين لايعمم بالسبب والنية والعام ، وقـد يتخصص • مثال الأول ، إذا من عليه رجل بما نال منه فقـال : والله لاأشرب لك ماء من عطش ، انعقدت اليمين على الماء من عطش خاصة• فلا يحنث بطعامه وثيابه ، وإن نوى أنه لاينتفع بشيء منه ، وإن كانت المنازعة بينهما تقتضي مانواه • وإنما تؤثر النية إذا احتمل اللفظ مانوى

بجهة يتجوز بها ، وعند مالك رحمه الله يحنث بكل ما ينتفع به من ماله • قال الشيخ أبو حامد : وسبب الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ ، ويراعى عمومه وإن كان السبب خاصاً ، وخصوصه وإن كان السبب عاماً ، وعنده الاعتبار بالسبب دون اللفظ • وأما تخصيص العام فتارة يكون بالنية كما ذكرنا فيما إذا قال : والله لاأكلم أحداً ونوى زيداً • وتارة بعرف الاستعمال ، كما في قوله : لاآكل الرؤوس ، وتارة بعرف الشرع كما يحمل قوله : لا أصلي على الصلاة الشرعية •

فرع

يعتبر اللفظ بحقيقته ، وقد يصرف الى المجاز بالنية ، كما لو قال : لا أدخل دار زيد ، وقال : أردت مايسكنه دون مايملكه ، فيقبل في اليمين بالله تعالى ، ولا يقبل في الحكم إذا حلف بطلاق وعتاق ذكره ابن الصباغ وغيره ، وتارة لكون المجاز متعارفاً وكون الحقيقة بعيدة ، ومثله القاضي حسين بما إذا حلف : لايأكل من هذه الشجرة ، تحمل اليمين على الأكل من ثمرها دون الورق والأغصان ، وإن كانت الحقيقة متعارفة ، مثل أن يقول : لاآكل من هذه الشاة ، يحمل على لحمها ، فلا يحنث بلبنها ولحم ولدها •

فرع

قال ابن كج : لو قال : والله لادخلت الدار ، والله لادخلت الدار ونوى التأكيد ، فهو يمين واحدة ، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى ، أو أطلق ، فهل يلزمه بالحنث كفارة أم كفارتان ؟ وجهان •

قلت : الأصح كفارة • والله أعلم

وإن قال : والله لادخلت الدار ، لادخلت الدار ، لادخلت الدار ، فإن نوى التأكيد ، فيمين واحدة ، وكذا إن أطلق ، أو نوى الاستئناف على المذهب •

فرع

قال الحليمي : اليمين المعقودة على المملوك المضاف يعتمد المالك دون المملوك ، والمعقودة على غير المملوك المضاف يعتمد المضاف دون المضاف إليه ، فإذا حلف لايكلم عبيد فلان ولا عبد له ، ثم ملك عبيداً وكلمهم ، حنث • ولو حلف لا يكلم ، بنيه ولا ابن له ، ثم ولد له بنون فكلمهم ، لم يحنث ، لأنهم لم يكونوا موجودين وقت اليمين •

فرع

حلف : لايكلم الناس ، ذكر ابن الصباغ وغيره ، أنه يحنث إذا كلم واحداً،كما إذا قال : لاآكل الخبز يحنث بما أكل منه • ولو حلف: لايكلم ناساً حمل على ثلاثة •

فرع

في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله أن المعرفة لاتدخل تحت النكرة لمغايرتهما ، فإذا قال : لايدخل داري أحد ، أو لا يلبس ثوبي أحد ، دخل في اليمين غير الحالف ، ولم يدخل الحالف ، لأنه صار معرفاً بإضافة الدار أو القميص إليه ، قالوا : لو عرف نفسه بإضافة الفعل بأن قال : لا ألبس هذا القميص أحداً ، أو عرف غيره بالإضافة إليه فقال : لايدخل دار فلان أحد ، أو لا يلبس قميصه أحد ، لم يدخل المضاف إليه ، لأنه صار معرفاً • وكذا لو قال : لايقطع هذه اليد أحد ، وأشار إلى يده،لم يدخل هو ، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة ، والسابق إلى الفهم في غيرها ماذكروه ، ويجوز أن تخرج

الصورة الأولى على الخلاف في أن المخاطب هل يندرج[1] تحت الخطاب .

قلت : الوجه الجزم بكل ماذكروه . **والله أعلم**

وفي كتبهم أن كلمة « أو » إذا دخلت بين نفيين ، اقتضت انتفاءهما كما قال الله تعالى : (فلا تطع منهم آثماً أو كفوراً)[2] ، وإذا دخلت بين إثباتين ، اقتضت ثبوت أحدهما ، فإذا قال : لا أدخل هذه الدار أو هذه، فأيتهما دخلها، حنث، وإن قال : لأدخلن هذه الدار اليوم أو هذه ، بر بدخول إحداهما . ويشبه أن يقال : إذا دخلت بين نفيين ، كفى للبر أن لايدخل واحدة منهما ، ولا يضر دخول الأخرى ، كما أنها إذا دخلت بين إثباتين ، كفى للبر أن يدخل إحداهما ، ولا يضر أن لايدخل الأخرى . ولو قال : لا أدخل هذه الدار أبداً ، ولأدخلن الدار الأخرى اليوم ، فإن دخل الأخرى اليوم ، بر ، وإن لم يدخلها اليوم ، ولم يدخل الأخرى ، بر أيضاً . وفي « الإقناع » للماوردي أنه لو قال : إن أكلت خبزاً أو لحماً يرجع إلى مراده منهما ، فيتعلق اليمين به .

فصل

في مسائل منثورة . حلف : لايدخل هذه وأشار إلى دار ، فانهدمت ، حنث بدخوله عرصتها . ولو قال : لا أدخل هذه الدار فانهدمت ، نظر إن بقيت أصول الحيطان والرسوم ، حنث ، وإن صارت فضاء ، فدخلها ، لم يحنث على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وجعله الإمام على الوجهين فيمن قال : لاآكل هذه الحنطة ، فأكل دقيقها .

---

(١) في الأصل : يدرج .
(٢) سورة الانسان : ٢٥

وكذا لو حلف : لايدخل داراً أو بيتاً ، فدخل عرصة كانت داراً أو بيتاً . ولو جعلت الدار مسجداً ، أو بستاناً أو حماماً ، لم يحنث بدخوله، ولو أعيدت الدار بغير الآلة الأولى ، فدخلها ، لم يحنث ، وإن أعيدت بتلك الآلة فوجهان .

قلت : أصحهما الحنث . والله أعلم

ولو حلف : لايشم الريحان ، حنث بشم الضيمران[1] دون الورد والبنفسج والياسمين والنرجس والمرزنجوش والزعفران ، ويمكن أن يقال : هذا فيما إذا ذكر الريحان معرفاً ، فأما إذا نكره ، فقال : لا أشم ريحاناً ، فيحنث بها كلها .

قلت : الظاهر من حيث الدليل ، ومن مقتضى كلام الأصحاب أنه لا فرق ، ولا يحنث مطلقاً بما بعد الضيمران . والله أعلم

ولو حلف : لايشم مشموماً ، حنث بشم جميع ذلك ، ولا يحنث بشم المسك والكافور والعود والصندل . ولو حلف : لايشم الورد والبنفسج ، فشمهما بعد الجفاف ، فوجهان ولا يحنث بشم دهنهما[3]. ولو حلف : لايستخدم زيداً ، فخدمه من غير أن يطلب الحالف ذلك ، لم يحنث ، سواء فيه عبده وغيره . ولو حلف : لايتسرى فثلاثةأوجه، الأصح المنصوص : أن التسري إنما يحصل بثلاثة أشياء : ستر الجارية عن أعين الناس والوطء والإنزال ، والثاني : يكفي الستر والوطء ، والثالث : يكفي الوطء . ولو حلف : لايقرأ القرآن ، فقرأ جنباً ،

---

(١) هو الريحان الفارسي .
(٢) هو نبات كثير الأغصان ينبسط على الأرض في نباته ، وله ورق مستدير عليه زغب ، وهو طيب الرائحة جداً .
(٣) في الأصل : دهنها .

حنث . وإن حلف : ليقرأن ، فقرأه جنباً ، بر ، بخلاف مالو نذر أن يقرأ فقرأ جنباً ، لايجزئه ، لأن المقصود من النذر التقرب، والمعصيةلايتقرب بها . ولو حلف : ليقرأن جنبـاً ، بر بالقراءة جنباً ، وإن عصى ولو نذر أن يقرأ جنباً ، لغا نذره .

فرع

في فتاوى القفال أنه لو قال : لا أصلي على هذا المصلى ، ففرش فوقه ثوباً وصلى عليه ، فإن نوى أنه لايباشره بقدميه وجبهته وثيابه ، لم يحنث ، وإلا فيحنث ، كما لو قال : لا أصلي في هذا المسجد ، فصلى على حصير فيه ، وإن علق به الطلاق ، ثم قال : أردت أني لا أباشره ، دين ، ولم يقبل في الحكم ، وأنه لو حلف : لايكلم زيداً شهراً ، فولاه ظهره ، ثم قال:يازيد إفعل كذا ، حنث ، ولو أقبل على الجدار ، وقال : ياجدار إفعل كذا ، لم يحنث وإن كان غرضه إفهام زيد . وكذا لـو أقبل على الجدار وتكلم ولم يقل : يا زيد ولا ياجدار ، لم يحنث ، وأنه لو حلف : لا يلبس ثوباً من غزلها ، فرقع ثوبه برقعة كرباس من غزلها ، حنث ، وقال أبو عاصم العبادي : لايحنث وتلك الرقعة تبع .

قلت : قول أبي عاصم هو الصحيح ، لأنه لايسمى لابساً ثوبـاً من غزلها . والله أعلم

ولو تعمم بعمامة ، نسجت من غزلها ، حنث إن حلف بالعربية ، وإن حلف بالفارسية ، فلا ، وإن التحف بلحاف من غزلها ، لم يحنث .

قلت : يجيء فيه الخلاف السابق في التدثر . والله أعلم

وأنه لو حلف : لايفعل كذا ، ففعله في حال جنونه ، ففي الحنث قولان .

فرع

في «المبتدأ» في الفقه للقاضي الروياني[1] أنه لو قال : لا أدخل حانوت فلان ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملــك غيره ، لم يحنث ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، قال : والفتوى أنه يحنث ، لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه ويعمل فيه . ولو قيل له : كلم زيداً اليوم ، فقال : والله لا كلمته ، انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم ، فإن كان ذلك في طلاق وقال : أردت اليوم ، لم يقبل في الحكم .

قلت : الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتــاب الطــــلاق . والله أعلم

فرع

في كتب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لو قال : وسلطــان الله فهو يمين إن أراد القدرة ، وإن أراد المقدور ، فلا ، وبه نقول نحن . وأنه لو قال : ورحمة الله وغضبه ، فليس بيمين ، ويشبه أن يقال : إن أراد إرادة النعمة والعقوبة فيمين ، وإن أراد الفعل ، فلا . وأنه لو حلف: ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تبول ، حمل على الحقيقة . ولو قال : حتى أقتلها أو ترفع ميتة ، حمل على أشد الضرب ، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً . وأنه لو حلف : لا يدخل هذه الخيمة، فقلعت ونصبت في موضع آخر ، فدخلها ، حنث ، ولو حلف : لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط ، فأعيد بناؤهما بعد النقض، فجلس على المعاد ، لم يحنث ، وكــذا لو حلف على مقص أو سيف [أو] سكين فكسر وأعيدت الصنعة ، لم يحنث . وإن نزع مسمار المقص ونصاب السكين ، وأعيد مسمار آخر ، ونصاب آخر ، حنث . ولو حلف : لا يقرأ

---

(١) هو الإمام الجليل عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني الطبري أحد أئمة المذهب توفي سنة ٥٠٢ هـ .

في المصحف فجعل بين يديه ، وقلبت أوراقه ، فقرأ فيه ، حنث ، ولو حلف : لا يدخل هذا المسجد ، فزيد فيه ، فدخل الزيادة ، حنث ، ولو حلف : لا يكتب بهذا القلم ، فكسره ، ثم براه وكتب به ، لم يحنث وبجميع هذه الأجوبة نقول إلا [في] مسألة القلم .

قلت : في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد ، نظر ، وينبغي أن لايحنث بدخولها ، لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف . وأما قول الإمام الرافعي : إنا نخالفهم في مسألة القلم ، فليس كما قال ، بل مذهبنا فيها كما ذكروه قال القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من تعليقه : ولو حلف لايكتب بهذا القلم وهو[1] مبري فكسره ، ثم براه وكتب به ، لم يحنث ، وإن كانت الأنبوبة واحدة ، لأن القلم اسم للمبري دون القصبة ، وإنما تسمى القصبة قبل البري قلماً مجازاً ، لأنها ستصير قلماً ، قال : وكذا إذا قال : لا أقطع بهذا السكين ، فأبطل حدها ، وجعله في ظهرها ، وقطع بها ، لم يحنث . قال : ولو حلف : لايستند إلى هذا الحائط ، فهدم ، ثم بني واستند ، إن بني بتلك الآلة ، حنث ، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها ، لم يحنث . والله أعلم

وأنه لو حلف : لايأكل من كسب زيد ، فكسبه مايتملكه من المباحات ، العقود دون ما يرثه . ولو كسب شيئاً ومات ، فورثه الحالف وأكله ، حنث ، ولو انتقل إلى غيره بشراء أو وصية ، لم يحنث . ولك أن لا تفرق ، ويشترط لكسبه أن يكون باقياً في ملكه . وأن الحلواء كل حلو ليس من جنسه حامض، كالخبيص والعسل والسكر دون العنب والإجاص والرمان ، والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلو أن يكون معمولا ، وأن يخرج منه العسل والسكر فالحلواء غير الحلو .

---

(١) في الأصل : فهو .

قلت : هذا الذي اختاره الرافعي رحمه الله هو الصواب ، وفي الحديث الصحيح : كان يحب الحلواء والعسل . **والله أعلم**

قال العبادي من أصحابنا في «الرقم» : لو حلف على الحلواء ،دخل فيه المتخذ من الفانيذ والسكر والعسل والدبس والقند[1] ، وفي اللوزينج والجوزينج[2] وجهان ، وأن الشواء يقع على اللحم خاصة دون السمك المشوي، وأن الطبيخ يقع على اللحم يجعل في الماء ويطبخ، وعلى مرقتها [و] عن بعضهم أنه يقع على الشحم ، ولو طبخ عدس أو أرز بودك فهو طبيخ ، وإن طبخ بزيت أو سمن ، فليس بطبيخ .
قلت : الصواب أن الكل طبيخ . **والله أعلم**

وذكر العبادي في « الرقم » أنه لو حلف : لا يأكل المرق ، فهو مايطبخ باللحم أي لحم كان ، وفيما يطبخ بالكرش والبطون والشحم وجهان . وإذا حلف : لايأكل المطبوخ ، حنث بما طبخ بالنار أو أغلي ، ولا يحنث بالمشوي . والطباهجة[3] مشوية ، ويحتمل غيره ، وذكروا أن الغداء : من طلوع الفجر إلى الزوال ، والعشاء : من الزوال إلى نصف الليل ، والسحور : مابين نصف الليل وطلوع الفجر . ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف شبعه . ولو حلف : ليأتينه غدوة ، فهي مابين طلوع الفجر إلى نصف النهار ، والضحوة بعد طلوع الشمس من حين تزول كراهة الصلاة إلى نصف النهار، والصباح

---

(١) هو عسل قصب السكر إذا جمد معرب كند .
(٢) اللوزينج من الحلواء شبه القطائف تؤدم بدهن اللوز ، تعريب لوزينه ، والجوزينج من الحلاوات يعمل من الجوز تعريب كوزينه .
(٣) ضرب من قلي اللحم ، وهو فارسي معرب .

مابعد طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى ، وقد يتوقف في كون العشاء من الزوال ، وفي مقدار الغداء والعشاء ، وفي امتداد الغدوة إلى نصف النهار ، وفي أن الضحوة من الساعة التي تحل فيها الصلاة • وأنه لو حلف : لا يكلمه ، فنبهه من النوم ، حنث ، وإن لم ينتبه وهذا غير مقبول • ولو دق المحلوف عليه الباب ، فقال : من هذا ؟ حنث، وينبغي أن يفرق بين علمه به وجهله ، وأنه لو قال : لا أكلمه اليوم ولا غداً ، لم تدخل الليلة المتخللة في اليمين ، ولو قال : لاأكلمه اليوم وغداً ، دخلت ، والصواب التسوية •

قلت : يعني في عدم الدخول وهذا إذا لم ينو مواصلة الهجران• والله أعلم

ولو قال : لا أكلمه يوماً ولا يومين ، فاليمين على يومين ، فلو كلمه في الثالث ، لم يحنث ، وهكذا ذكره أبو الحسن العبادي من أصحابنا • ولو قال : يوماً ويومين ، فاليمين على ثلاثة ، وأنه لو حلف : ليهدمن هذه الدار ، فهدم سقوفها ، بر ، ويجوز أن يقال : يشترط أن لا يبقى ما يسمى داراً • ولو حلف : ليهدمن هذا الحائط اليوم ، أو لينقضنه ، اشترط هدمه ، حتى لايبقى منه ما يسمى حائطاً • ولو حلف : ليكسرنه ، لم يشترط مايزيل اسم الحائط •

فرع

حلف : لايزوره حياً ولا ميتاً ، فشيع جنازته ، لم يحنث • وفي فتاوى الغزالي أنه لو حلف : لايدخل داره صوفاً ، فأدخل داره كبشاً عليه صوف ، أو لايدخلها بيضاً ، فأدخلها دجاجة ، فباضت في الحال ،

لم يحنث . وأنه لو حلف : لايقعد معه تحت سقف ، فقعدا تحت أزج[1] حنث ، وأنه لو حلف : لايفطر،فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل والجماع ونحوهما ، ولا يحنث بالردة والجنون والحيض ودخول الليل . وبالله التوفيق .

* * *

(١) بيت يبنى طولا معرب .

كتاب القضاء

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في التولية والعزل ، وفيه طرفان : الأول : في التوليــة ، وفيه مسائل :

الأولى : القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع ، فإن قام به من يصلح ، سقط الفرض عن الباقين ، وإن امتنع الجميع ، أثموا ، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء ، وقيل : لايجبر ، والصحيح : الأول ، ثــم من لايصلح للقضاء تحرم توليته ، ويحرم عليه التولي والطلب ، وأما من يصلح ، فله حالان ، أحدهما : أن يتعين للقضاء،فيجب عليه القبول، ويلزمه أن يطلبه ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملا ، ولا يعــذر بأن يخاف ميل نفسه وخيانتها ، بل يلزمه أن يقبل ويحترز ، فإن امتنع ، عصا ، وهل يجبر ؟ وجهــان الصحيح نعم ، وبه قال الأكثرون ، كمــا يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعين ، فإن قيل : امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة،ويشبه أن تكون كبيرة، فيفسق به ، ويخرج عن الأهلية ، فكيف يولى ويجبر ، فالجواب أنــه يمكن أن يقال : إنه يؤمر بالتوبة أولا ، فإذا تاب ، ولي .

قلت : وينبغي أن يقال : لايفسق ، لأنه لايمتنع غالباً إلا متأولا، وهذا ليس بعاص قطعاً ، وإن كان مخطئاً . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون هناك غيره ممن يصلح ، فــذلك الغير إما أن يكون أصلح ، وأولى منه ، وإما مثــله ، وإما دونه فإن كــان أصلح منه ، بني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل ، وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح الانعقاد ، لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة . وفي القضاء خــلاف مرتب ، وأولى

بالانعقاد ، فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته ، وحرم عليه الطلب والقبول ، وإن جوزناه ، جاز القبول • وأما الطلب ، فمكروه ، وقيل :حرام ، وإن كان الأصلح لايتولى ، فهو كالمعدوم ، وأما إذا كان هناك مثله ، فله القبول ، ولا يلزمه على الأصح ، فربما قام به غيره وأما الطلب ، فإن كان خامل الذكر ، ولو تولى ، اشتهر وانتفع الناس بعلمه ، استحب له الطلب على الصحيح ، وقال القفال : لا يستحب • وإن كان مشهوراً ينتفع الناس بعلمه ، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي ، حصلت كفايته من بيت المال ، قال الأكثرون : يستحب ، وقيل : لايستحب ولا يكره ، وإن كان له كفاية ، فالصحيح أن الطلب مكروه ، وقيل : الأولى تركه ، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول ، ولو ولي بلا طلب ، وعلى هذا حمل امتناع السلف • وإن كان هناك من هو دونه ، فإن لم نجوز تولية المفضول ، فقد تعين عليه ، وإن جوزناها ، استحب له القبول • وفي الوجوب الوجهان ، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه ، وهكذا حيث استحببنا الطلب والتولي أو أبحناهما ، فذلك عند الوثوق ، وغلبة الظن بقوة النفس ، وأما عند الخوف ، فيحترز •

فرع

التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن هناك قاض متول فإن كان، نظر ، إن كان غير مستحق لجور أو جهل ، فهو كما لو لم يكن ، وإن كان مستحقاً والطالب يروم عزله ، فالطلب حرام ، والطالب مجروح ، ذكره الماوردي •

قلت : وسواء كان فاضلا أو مفضولا إذا صححنا تولية المفضول•

والله أعلم

فرع

ماذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل ، فلو بذل مالاً ليتولى ، فقد أطلق ابن القاص وآخرون أنه حرام وقضاؤه مردود،والصحيح تفصيل ذكره الروياني وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له ، فله بذل المال ، ولكن الاخذ ظالم بالأخذ ، وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال ، وإن لم يتعين ولم يكن مستحباً ، جاز له بذل المال ليتولى ، ويجوز له البذل بعد التولية لئلا يعزل ، والاخذ ظالم بالأخذ ، وأما بذل المال لعزل قاض ، فإن لم يكن بصفة القضاة ، فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه ، ولكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفتهم فحرام • فإن فعل ، وعزل الأول ، وولي الباذل ، قال ابن القاص : توليته باطلة ، والمعزول على قضائه ، لأن العزل بالرشوة حرام ، وتولية المرشي والراشي حرام ، وليكن هذا عند تمهد الأصول الشرعية ، فأما عند الضرورات ، وظهور الفتن ، فلا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعاً ، كتولية البغاة •

فرع

طرق لأصحاب متنقة على أن النظر في تعين الشخص للقضاء وعدم تعينه إلى البلد والناحية لاغير ، ومقتضاه أنه لا يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى ليس بها صالح ، ولا قبوله إذا ولي ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر ، كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما ، فإن تلك يمكن القيام بها ، والعود إلى الوطن ، وعمل القضاء لاغاية له •

المسألة الثانية : في صفات القاضي والمفتي وفيها فصلان :

الأول : في صفات القاضي وله ثمانية شروط أحدها : الحرية ،

والثاني : الذكورة ، والثالث : الاجتهاد ، فلايجوز توليةجاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها ، وإنما يحصل أهلية الاجتهاد لمن علم أموراً أحدها كتاب الله تعالى ، ولا يشترط العلم بجميعه ، بل مما يتعلق بالأحكام ، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب ، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه • الثاني : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجميعها ، بل ما يتعلق منها بالأحكام ، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والمجمل والمبين ، والناسخ والمنسوخ ، ومن السنة المتواتر والآحاد ، والمرسل والمتصل ، وحال الرواة جرحاً وتعديلاً • الثالث : أقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم إجماعاً واختلافاً • الرابع : القياس فيعرف جليه وخفيه ، وتمييز الصحيح من الفاسد • الخامس : لسان العرب لغة وإعراباً ، لأن الشرع ورد بالعربية وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده ، وإجماله وبيانه • قال أصحابنا : ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ، بل يكفي معرفة جمل منها ، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه منها : أنه لاحاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود ، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب ، فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب •

قلت : لايصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه ، وذلك ظاهر ، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع • وكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث حكمي ليس في سنن أبي داود • وأما مافي كتابي الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرته وشهرته غنية عن التصريح بها والله أعلم

ومنها : أنه لايشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف ،

بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لايخالف الإجماع ، بأن يعلم أنه وافق بعض المتقدمين ، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره ، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ • ومنها : أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته ، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل •

قلت : هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه ، وشذ من شرط في التعديل اثنين ، وقوله : تواترت عدالة رواته يعني مع ضبطهم • ولو قال : أهلية رواته كان أولى ليشمل العدالة والضبط • وقوله : أجمع السلف على قبوله يعني على العمل به ، ولا يكفي عملهم على وفقه ، فقد يعملون على وفقه بغيره • والله أعلم

ومنها : أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع ، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب ، وعد الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد • قال الغزالي : وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم ، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها •

الشرط الرابع: البصر ، فلا يصح تولية أعمى وفي «جمع الجوامع» للروياني وجه أنه يجوز ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور ، لأنه لايعرف الخصوم والشهود •

الخامس : التكليف ، فلا يصح تولية الصبي •

السادس : العدالة فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار، قال الماوردي : وما جرت به عادة الولاة من نصب حاكم بين أهل

الذمة . فهو تقليد رئاسة وزعامة لاتقليد حكم وقضاء ، ولايلزمهم حكمه بالزامه بل بالتزامهم .

السابع : أن يكون ناطقاً سميعاً ، فلا يجوز تقليد أخرس لاتعقل إشارته ، وكذا إن عقلت[1] على الصحيح ، ولا أصم لايسمع أصلاً ، فإن كان يسمع إذا صيح به . جاز تقليده .

الثامن : الكفاية ، فلا يصح قضاء مغفل اختل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما . ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح . ويستحب أن يكون وافر العقل حليماً متثبتاً ذا فطنة وتيقظ ، كامل الحواس والأعضاء ، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم ، بريئاً من الشحناء والطمع ، صدوق اللهجة ، ذا رأي ووفاء ، وسكينة ووقار،وأن لايكون جباراً يهابه الخصوم ، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة ، ولا ضعيفاً يستخفون به ، ويطمعون فيه ، وأن يكون قرشياً ، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب .

فرع

إن عرف الإمام أهليته ولاه . وإلا فيبحث عن حاله ، فلو ولى من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله ، أثم المولي والمتولي ، ولم ينفذ قضاؤه ، وإن أصاب . هذا هو الأصل في الباب . قال في «الوسيط» : لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل . فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقاً لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة ، وهذا حسن ، لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم ، وبغيهم لايوجب فسقاً كبغي أصحاب

(1) في الأصل : إن علقت .

معاوية رضي الله عنه ، جاز قضاؤه ، وإن أوجب الفسق ، كبغي أهل النهروان ، لم يجز .

قلت : هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور ، قد ذكره صاحب « المهذب » وغيره ، ففي « المهذب » ان قاضي البغاة إن كان من يستبيح دم أهل العدل ومالهم ، لم ينفذ حكمه ، لأن شرطه العدالة والاجتهاد ، وهذا ليس بعدل ولا مجتهد، وقد جزم الرافعي في« المحرر» بما ذكره الغزالي ، فقال : إن تعذر اجتماع هذه الشروط ، فولى سلطان ذو شوكة فاسقاً ، أو مقلداً . نفذ قضاؤه للضرورة . **والله أعلم**

وذكر أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ ، أجابه إليه ، ونفذ قضاؤه ، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد ، فقالت : إن لم يقض لهم خيارکم قضى شرارکم .

فرع

من لا تقبل شهادته من أهل البدع ، لايصح تقليده القضاء قال الماوردي : وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو لا يقول بأخبار الآحاد ، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً، بل يتبعون النصوص ، فإن لم يجدوا . أخذوا بقول سلفهم ، كالشيعة . فإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام . ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها ، جاز تقليدهم على الأصح .

الفصل الثاني في المفتي : ومتى لم يكن في الموضع إلا واحد يصلح للفتوى ، تعين عليه أن يفتي ، وإن كان هناك غيره ، فهو من فروض الكفايات . ومع هذا فلا يحل التسارع إليه ، فقد كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يحيل بعضهم على بعض في الفتوى، ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن . ثم تتكلم في ثلاث

جمل إحداها في المفتي ، فيشترط إسلامه وبلوغه وعـدالته . فالفاسق لا تقبل فتواه ، ويلزمه أن يعمل لنفسه باجتهاده ، ويشترط في المفتـي أيضاً التيقظ ، وقوة الضبط ، فلا يقبل ممن تغلب عليه الغفلة والسهو ، ويشترط فيه أهلية الاجتهاد ، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها ، ولا لغيره أن يقلده ، ويأخذ بقوله فيها .وقيل: يجوز ، وقيل : إن كان نقلياً ، جاز ، وإن كان قياسياً ، فلا . والصحيح الأول . والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنـه لايجوز تقليده على الصحيح . وموت المجتهد هل يخرجه عن أن يقلد ويؤخذ بقوله ؟ وجهان الصحيح : أنه لا يخرج ، بل يجوز تقليده كما يعمـل بشهادة الشاهد بعد موته ، ولأنه لو بطل قوله بموته ، لبطل الإجماع بموت المجمعين،ولصارت المسألة اجتهادية، ولأن الناس اليوم كالمجمعين على أنه لامجتهد اليوم ، فلو منعنا تقليد الماضين،لتركنا الناس حيارى، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب مجتهد ، وتبحر فيـه ، لكن لم يبلغ رتبة الاجتهاد ، هل له أن يفتي ويأخذ بقول ذلك المجتهد ؟ فعلى الصحيح يجوز هكذا صوروا الفرع ، ولك أن تقول : إذا كـان المأخذ ماذكرنا . فسواء المتبحر وغيره ، بل العامي إذا عرف حكم تلك المسألة عند ذلك المجتهد فأخبر به ، وأخذ غيره به تقليداً للميت وجب أن يجوز على الصحيح .

قلت : هذا الاعتراض ضعيف أو باطل ، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ما ليس مذهباً له مذهبه ، لقصور فهمه ، وقلة اطلاعه على مظان المسألة . واختلاف نصوص ذلك المجتهد . والمتأخر منها ، والراجح وغير ذلك ، لاسيما مذهب الشافعي رحمه الله الذي لايكاد يعرف مـا يفتى به منه إلا أفراد . لكثرة انتشاره ، واختلاف ناقليه في النقل والترجيح . فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب، كوجوب النية في الوضوء ، والفاتحة في الصلاة ، ووجوب الزكـاة في

مال الصبي والمجنون ، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض ، وصحة الاعتكاف بلا صوم ، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل ، ووجوب القصاص في القتل بالمثقل وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه ، فهذا حسن محتمل . والله أعلم

وإذ جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت ، فإن علم من حاله أنه يفتي على مذهب إمام معين ، كفى إطلاق الجواب . وإلا فلا بد من من إضافته إلى صاحب المذهب .

فرع

ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً لا ليعمل به . ولا ليفتي به ، ولا إذا كان قاضياً ليقضي به . سواء خاف الفوت لضيق وقت أم لا . وقال ابن سريج : له التقليد إذا ضاق الوقت ليعمل به. لاليفتي. وقياسه أن لايجوز للقضاء وأولى . وفي « الشامل » و « التهذيب » طرد قول ابن سريج في القضاء وصورة الضيق فيه : أن يتحاكم مسافران والقافلة ترتحل . ومن قال به ، فقياسه طرده في الفتوى .

فرع

هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى ، أو سئل عنها مرة أخرى ، أم يعتمد اجتهاده الأول ؟ وجهان كما سبق في القبلة .

قلت : أصحهما لزوم التجديد ، وهذا إذالم يكن ذاكراً لدليل الأولى، ولم يتجدد ماقد يوجب رجوعه ، فإن كان ذاكراً ، لم يلزمه قطعاً ، وإن تجدد مايوجب الرجوع . لزمه قطعاً . والله أعلم

فرع

المنسوب إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف ، أحدها : العوام وتقليدهم الشافعي مثلاً مفرع على تقليد الميت وقد سبق •

والثاني : البالغون لرتبة الاجتهاد ، وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد مجتهداً وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي ، لأنهم جروا على طريقته في الاجتهاد ، واستعمال الأدلة ، وترتيب بعضها على بعض ، ووافق اجتهادهم اجتهاده وإذا خالف أحيانا لم يبالوا بالمخالفة •

والصنف الثالث : المتوسطون وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصول الشرع . لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب وتسكنوا من قياس مالم يجدوه منصوصاً له على مانص عليه ، وهؤلاء مقلدون له تفريعاً على تقليد الميت ، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له . والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم، لأنهم مقلدون ، وقد نجد ما يخالف هذا فإن أبا الفتح الهروي وهو من أصحاب الإمام يقول في الأصول : مذهب عامة أصحابنا أن العامي لامذهب له ، فإن وجد مجتهداً قلده . وإن لم يجده ، ووجد متبحراً في مذهب ، فإنه يفتيه على مذهب نفسه ، وإن كان العامي لايعتقد مذهبه • وهذا تصريح بأنه يقلد المتبحر في نفسه • وإذا اختلف متبحران في مذهب لاختلافهما في قياس أصل مذهب إمامهما ، ومن هذا يتولد وجوه الأصحاب ، فنقول: أيهما يأخذ العامي ؟ فيه ماسنذكره في اختلاف المجتهدين إن شاء الله تعالى . وإذا نص صاحب المذهب على الحكم والعلة ، ألحق بتلك العلة غير المنصوص بالمنصوص ، وإن اقتصر على الحكم ، فهل يستنبط المتبحر العلة ويعدي الحكم بها . قال محمد بن يحيى : لا . والأشبه

بفعل الأصحاب جوازه ، لأنهم ينقلون الحكم ، ثم يختلفون في علته ، وكان منهم يطرد الحكم في فروع علته .

فرع

ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم ، وفي أخرى شبهها على خلافه لا يجوز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى وتخريجهما على قولين، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعل قولاً له إلا إذا لم يحتمل ، كقوله : ثبتت الشفعة في الشقص من الدار ، فيقال : قوله : في الحانوت كذلك والمعروف في المذهب خلاف ما قاله ، لكن الأولى أن يقال : إنه قياس أصله أو قياس قوله ، ولا يقال : هو قوله .

فرع

للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده زجراً وتهديداً في مواضع الحاجة .

قلت : المراد ما ذكره الصيمري[1] وغيره قالوا : إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي مافيه تغليظ وهو لايعتقد ظاهره ، وله فيه تأويل ، جاز زجراً ، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن توبة القاتل ، فقال : لاتوبة له ، وسأله آخر فقال : له توبة ، ثم قال : أما الأول ، فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته . أما الثاني ، فجاء

---

(١) في الأصل « الضيمري » بالضاد المعجمة وهو تصحيف . وهو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري من كبار علماء الشافعية ، له تصانيف كثيرة منها « الإيضاح » في سبع مجلدات . قال النووي رحمه الله : وهو كتاب نفيس ، كثير الفوائد ، قليل الوجود . واختلف في وفاته ، وقال الذهبي : وكان حياً سنة ٣٨٧ هـ . « تهذيب الأسماء واللغات » ٢٦٥/٢ ، و « سير اعلام النبلاء » ١١/٤

مسكيناً قد قتل ، فلم أقنطه . قال الصيمري : وكذا إن سأله ، فقال : إن قتلت عبدي . فهل علي قصاص ، فواسع أن يقال : إن قتلته قتلناك ، فعن النبي صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه » ولأن القتل له معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة . والله أعلم

الجملة الثانية في المستفتي ، فيلزمه سؤال المفتي عند حدوث مسألته ، وإنما يسأل من عرف علمه وعدالته، فإن لم يعرف العلم ، بحث عنه بسؤال الناس. وإن لم يعرف، العدالة. فقد ذكر الغزالي فيه احتمالين أحدهما : أن الحكم كذلك ، وأشبههما الاكتفاء . لأن الغالب من حال العلماء العدالة . بخلاف البحث عن العلم . فليس الغالب من الناس العلم . ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث، يفتقر إلى عدد التواتر، أم يكفي إخبار عدل أو عدلين ؟ أصحهما : الثاني .

قلت : الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة . هما فيمن كان مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باطنه وهما وجهان ذكرهما غيره . أصحهما الاكتفاء . لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة . فيعسر على العوام تكليفهم بها . وهذا الخلاف كالخلاف في صحة النكاح بحضور المستورين . أما الاحتمالان[1] في اشتراط عدد التواتر . والاكتفاء بعدل . فهما محتملان . ولكن المنقول خلافهما . فالذي قاله الأصحاب انه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته ، وقيل : لا يكفي الاستفاضة، ولا التواتر، بل إنما يعتمد قوله : أنا أهل للفتوى. لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها . فقد يكون أصلها التلبيس . وأما التواتر . فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى معلوم محسوس . والصحيح الأول . لأن إقدامه عليها إخبار منه بأهليته .

---

(١) في الأصل : الاحتمال .

لأن الصورة فيمن وثق بدينه • ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته قال الشيخ أبو إسحاق وغيره : نقبل في أهليته خبر عدل واحد ، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها الملتبس من غيره ، ولا يعتمد في ذلك خبر آحاد العامة لكثرة مايتطرق إليهم من التلبيس في ذلك • والله أعلم

فرع

إذا وجد مفتيين فأكثر هل يلزمه أن يجتهد ، فيسأل أعلمهم ؟ وجهان . قال ابن سريج : نعم ، واختاره ابن كج والقفال ، لأنه يسهل عليه ، وأصحهما عند الجمهور أنه يتخير ، فيسأل من شاء ، لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة رضي الله عنهم مع تفاوتهم في العلم والفضل، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار ، قال الغزالي : فإن اعتقد أن أحدهم أعلم • لم يجز أن يقلد غيره ، وإن كان لايلزمه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم •

قلت : هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً وهو وإن كان ظاهراً ، ففيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر وقد يمنع هذا وعلى الجملة المختار ما ذكره الغزالي • فعلى هذا يلزمه تقليد أورع العالمين ، وأعلم الورعين، فإن تعارضا(١) قدم الأعلم على الأصح • والله أعلم

فرع

وإذا استفتى وأجيب ، فحدثت له تلك الحادثة ثانياً ، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو اجماع ، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً،وكذا لو كان المقلد ميتاً وجوزناه ، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس

(١) في الأصل : تعرضا

أو شك والمقلد حي ، فوجهان ، أحدهما : لايحتاج إلى السؤال ثانياً ، لأن الظاهر استمراره على جوابه ، وأصحهما يلزمه السؤال ثانياً •

فرع

لو اختلف عليه جواب مفتيين، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلم، اعتمده. وإلا فأوجه. أصحها : يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء، والثاني : يأخذ بأغلظ الجوابين ، والثالث : بأخفهما ، والرابع : بقول من يبني قوله على الأثر دون الرأي ، والخامس : بقول من سأله أولاً •

قلت : وحكي وجه سادس[١] أنه يسأل ثالثاً ، فيأخذ بفتوى من وافقه • وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور ، ونقله المحاملي في أول « المجموع » عن أكثر أصحابنا لأن فرضه أن يقلد عالماً وقد حصل • **والله أعلم**

ونقل الروياني وجهين في أن من سأل مفتياً ولم تسكن نفسه إلى فتواه هل يلزمه أن يسأل ثانياً وثالثاً لتسكن نفسه ، أم له الاقتصار على جواب الأول ؟ والقياس في وجه الثاني•

الجملة الثالثة فيما يتعلق بهما، فيجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه، ويجوز أن يكتفي برسول ثقة يبعثه وبالرقعة ، ويكفي ترجمان واحد إذا لم يعرف لغته •

قلت : له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه ، أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه • **والله أعلم**

---

(٢) في الأصل : شاذ .

ومن آداب المستفتي أن لايسأل المفتي وهو قائم ، أو مشغول بما يمنعه من تمام الفكر ، وأن لايقول إذا أجابه : هكذا قلت أنا ، وأن لايطالب بالدليل ، فإن أراد معرفته ، سأل عنه في وقت آخر . وإذا سأل في رقعة ، فليكن كاتبها حاذقاً ، ليبين مواضع السؤال ، وينقط مواضع الاشتباه ، وليتأمل المفتي الرقعة كلمة كلمة ، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد ، لأنه موضع السؤال . وليتثبت في الجواب وإن كانت المسألة واضحة ، وأن يشاور من في مجلسه ممن يصلح لذلك إلا أن يكون فيها مالا يحسن إظهاره . وله أن ينقط من الرقعة مواضع الإشكال ، وأن يصلح مافيها من خطأ ولحن فاحش . وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضاً ، شغله بخطه ، لئلا يلحق فيه بعد جوابه شيء ، وليبين المفتي بخطه . وليكن قلمه بين قلمين . ولو كتب مع الجواب حجة من آية أو حديث فلا بأس . ولا يعتاد ذكر القياس ، وطرق الاجتهاد ، فإن تعلقت الفتوى بقاض . فحسن أن يومىء إلى الطريق للاجتهاد . وإذا رأى في الفتوى جواب من لايصلح للفتوى ، لم يفت معه . قال الصيمري : وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه . ولا يحبسها إلا بإذنه . واستحبوا أن يكون السؤال بخط غير المفتي .

فرع

متى تغير اجتهاد المجتهد ، دار المقلد معه . وعمل في المستقبل بقوله الثاني ، ولا ينقض ما مضى . ولو نكح المجتهد امرأة ، ثم خالعها ثلاثاً ، لأنه رأى الخلع فسخاً ، ثم تغير اجتهاده قال الغزالي : يلزمه مفارقتها ، وأبدى تردداً فيما لو فعل المقلد مثل ذلك . ثم تغير اجتهاد مقلده ، قال : والصحيح أن الجواب كذلك . كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة ، فإنه يتحول . ولو قال مجتهد للمقلد والصورة هذه :

أخطأ بك من قلدته، فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني ، أو استويا ، فلا أثر لقوله ، وإن كان الثاني أعلم ، فالقياس أنا إن أوجبنا تقليد الأعلم ، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده ، وإلا فلا أثر له .

قلت : هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء ، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء ولا أثر لقول الثاني. وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية ، وقد لخص الصيمري ، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن ، فقالوا : إذا أفتى . ثم رجع . فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عمل بالأول ، لم يجز له العمل به ، وكذا إذا نكح بفتواه . أو استمر على نكاح بفتواه . ثم رجع، لزمه فراقها . كنظيره في القبلة . وإن كان عمل به قبل الرجوع . فإن كان مخالفاً لدليل قاطع . لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد . فلا ، لأن الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد . ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا . وما ذكره صاحبا « المستصفى » و « المحصول » ، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا . قال الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح رحمه الله : وإن كان المفتي إنما يفتي على مذهب إمام معين . فرجع لكونه تيقن مخالفة نص إمامه . وجب نقضه . وإن كان اجتهادياً ، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل[1]،وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه ، فكأنه لم يرجع في حقه ، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل ، وكذا بعده حيث يجب النقض ، وإذا عمل بفتواه في إتلاف ، ثم بان أنه أخطأ ، وخالف القاطع ، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : إن كان أهلاً للفتوى ، ضمن ، وإلا ، فلا ، لأن المستفتي مقصر ، وهذا الذي قاله فيه نظر ، وينبغي أن يخرج على

---

(١) في الأصل : المستقبل .

(٢) في الأصل : « بعده » والتصحيح من « المجموع » ٤٦/١ . ونص العبارة فيه : وينبغي أن يخرج الضمان على قولي الغرور المعروفين في بابي الغصب والنكاح وغيرهما ، و يقطع بعدم الضمان ، إذ ليس في الفتوى إلزام ولا إلجاء .

قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذا لم يوجد منه الإتلاف ، ولا ألجأ إليه بإلزام . والله أعلم

فرع

لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدوّن، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب ؟ إن قلنا : يلزمه الاجتهاد في طلب الأعلم ، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم ينبغي أن يجوز، بل يجب وإن خيرناه . فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبلة هذا أياماً . وهذا أياماً . ولو قلد مجتهداً في مسائل ، وآخر في مسائل أخرى . واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه ، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز . وكما أن الأعمى إذا قلنا : لا يجتهد في الأواني والثياب له أن يقلد في الثياب واحداً . وفي الأواني آخر . لكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة. وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أن يفسق به . وعن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق . وبالله التوفيق .

قلت : قد استقصى الإمام الرافعي رحمه الله هذا الباب ، فاستوعب وأجاد . وقد استوعبت أنا هذا الباب في أول شرح «المهذب» وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا مع مثله أو أمثاله ، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها ، ولا ألتزم ترتيبه .

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح «المهذب» وذكرت فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه ، قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي : ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين ، فمن صلح لها ، أقره . ومن لم يصلح . منعه ، وأمره أن لا يعود ، ويواعده على

العود ، وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم ، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن خوارم المروءة ، فقيه النفس ، سليم الذهن ، رصين الفكر ، حسن التصرف والاستنباط ، وسواء الحر والعبد ، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته • قال الشيخ أبو عمر بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لاتؤثر فيه القرابة والعداوة ، وجر النفع ، ودفع الضر . لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص . فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لايرتبط بها إلزام[1] بخلاف حكم القاضي • قال : ووجدت عن صاحب «الحاوي» إن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً ، صار خصماً معانداً ، ترد فتواه على من عاداه . كما ترد شهادته • قال الصيمري : ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج . ومن لايكفر ببدعته ولا بفسقه ، وذكر الخطيب هذا ثم قال : وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة . والرافضة الذين يسبون السلف . ففتاويهم مردودة ، وأقاويلهم ساقطة • ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض ، فهو كغيره ، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور . وقيل : له أن يفتي في العبادات وغيرها . مما لايتعلق بالأحكام . وفي الأحكام وجهان • وقال ابن المنذر : يكره فتواه في الأحكام دون غيرها ، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسابية الفقهية؟وجهان.حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني ، وصاحبه أبو منصور البغدادي •

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس . حافظاً مذهب إمامه ، ذا خبرة بقواعده ، وأساليبه ونصوصه ، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لايحل له الفتوى بمجرد ذلك ، ولو وقعت له واقعة . لزمه أن

---

(١) في الأصل : التزام .

يستفتي فيها ، ويلتحق به المتصرف البحاث في الفقه من أئمة الخلاف ، وفحول المناظرين ، لأنه ليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً ، لقصور آلته ، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعتبر .

وإذا استفتى العامي عما لم يقع ، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه . ومن عرف بذلك ، لم يجز أن يستفتى ، وتساهله قد يكون بأن لايتثبت ، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر ، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه ، فلا بأس بالإسراع ، وعلى هـذا يحمل مانقل عن الماضين من المسارعة ، وقد يكون تساهله بأن تحمله[1] أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة ، والتمسك بالشبهة طلباً للترخيص على من يروم نفعه ، أو التغليظ على من يروم ضره ، ومن فعل هذا . فلا وثوق به . وأما إذا صح قصده ، فاحتسب في طلب حيلة لاشبهة فيها ، ولا تجر إلى مفسدة ، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين ونحوها ، فذلك حسن ، وعله يحمل [ما جاء] عن بعض السلف من هذا .

وينبغي أن لايفتي في كل حال تغير خلقه . وتشغل قلبه ، وتمنعه التثبت والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب ، والنعاس ، والملالة ، والمرض المقلق ، والحر المزعج ، ومدافعة الأخبثين ونحو ذلك ، ومتى أحس بشغل قلبه ، وخروجه عن الاعتدال ، لم يفت ، فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب ، صحت فتواه ، وإن كان مخاطراً . والأولى للمتصدي للفتوى أن يتبرع بذلك ، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المـال إلا إذا تعين عليه . وله كفاية ، فالصحيح أنه لايجوز . ثم إن كان لـه رزق لا يجوز له أخذ أجرة . وإن لم يكن له رزق ، لم يجز له أخذ أجرة

---

(1) في الأصل : يحمل .

من أعيان المستفتين كالحاكم • واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة ، فقال : يقول للمستفتي : يلزمني أن أفتيك قولاً ، ولا يلزمني أن أكتب لك ، فإن استأجره على الكتابة ، جاز ، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً ، فينبغي أن لايأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى ، لئلا يكون آخذاً زيادة بسبب الإفتاء • قال الصيمري والخطيب وغيرهما : ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم ، جاز •

وأما الهدية ، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا : ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم ، لأنه يلزمه حكمه قال الشيخ أبوعمرو : وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد ، كما في الحاكم وسائر مالا يقابل بالأعواض • قال الخطيب : وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام مايغنيه عن التكسب ، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالأيمان والإقرار والوصايا ونحوها ، إلا إذا كان من أهل بلد اللافظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة ، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لاخلاف فيه ، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه ، وإلا فبالذي رجحه الشافعي ، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق ، لزمه البحث عن أرجحهما ، فيعمل به . فإن كان أهلاً للترجيح، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي ومآخذه وقواعده ، وإلا فلينقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق،توقف• وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما بما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد ، وإذا كان أحدهما منصوصاً للشافعي ، والآخر مخرجاً ، فالمنصوص هو

الراجح المعمول به غالباً ، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين . بل هذا أولى • ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين أو الوجهين ، فليعتمد ما صححه الأكثر . والأعلم والأورع . فإن تعارض أعلم وأورع ، قدم الأعلم ، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح ، اعتبر صفات الناقلين للقولين ، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على مارواه الربيع الجيزي وحرملة ، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا ، إلا أنه لم يذكر البويطي ، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع ، وأقدم من المزني ، وأخص بالشافعي منه • قال الشيخ أبو عمرو : ويترجح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب • وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان . أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين ، قال الشيخ أبو حامد : المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرجح ، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه ، والصحيح أن الموافق أولى، وبه قال القفال ، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق • ولو تعارض جزم مصنفين ، فهو كتعارض الوجهين ، فيرجع إلى البحث كما سبق،ويرجح أيضاً بالكثرة ، فإذا جزم مصنفان بشيء ، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما ، رجحناهما عليه •

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه ، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه • ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته ، والآخر جاء مستطرداً[1] في باب آخر •

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبته محصل لك جميع

---

(١) في الأصل : متطردا .

ماذكرته ولا أقول هذا تبجحاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين ، وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين •

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله : فيه قولان ، أو وجهان ، أو خلاف ونحو ذلك ، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي ، ولا يحصل به مقصوده ، وهو بيان مايعمل به لما ذكرنا ، بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح ، فإن لم يظهر له الراجح ، انتظر ظهوره ، أو امتنع من الافتاء في المسألة ، كما فعله كثير من أصحابنا وغيرهم •

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد ، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح «المهذب» مع مايتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبالله التوفيق[1]، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل ، فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة ، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب ، فإنه خطأ بالاتفاق ، وليس له أن يكتب الجواب على مايعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له ، بل يذكر جواب مافي الرقعة فإن أراد الجواب على خلاف مافيها ، فليقل ، وإن كان الأمر كذا ، فجوابه كذا، وإذا كتب الجواب ، أعاد نظره فيه وتأمله، وإذا كان هو المبتدىء بالإفتاء في الرقعة ، قال الصيمري وغيره : فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في الناحية اليسرى ، لأنه أمكن • قال الصيمري وغيره : ولو كتب وسط الرقعة . أو في حاشيتها ، فلا عتب عليه ، ولا يكتب فوق البسملة بحال•

ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله تعالى ويحمده ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، ويقول :

---

(١) انظر « المجموع» ١/٦٦ ، ٦٨ •

لاحول ولا قوة إلا بالله ، ويقول : رب اشـرح لي صدري الآيـة ، ويستحب أن يكتب في أول فتواه : الحمد لله ، أو الله الموفق ، أوحسبنا الله ، أو حسبي الله ونحو ذلك ، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين ، قال: وحذفه آخرون • قال : ولا يدع أن يختم جوابه بقوله : والله أعلـم ، أو وبالله التوفيق ونحوه • قال : ولا يقبح أن يقول : الجواب عندنا ، أو الذي عندنا ، أو الذي نذهب إليه كذا ، لأنه من أهله قـال : وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب ، أو الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر الفتوى ، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادةجارية به ، ويكتب بعد : والله أعلم ، ونحوه : كتبه فلان ، أو فلان بن فلان الفلاني ، فينتسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما ،ثم ينتسب إلى المذهب ، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما ، قال الصيمري : وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان ، دعا له ، فقال : وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله ، أو أصلحه ، أو سدده ، أو شد أزره ، ولا يقول : أطال الله بقاءه ، فإنه ليس من ألفاظ السلف • وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءك[1] • وقد أوضحت هـذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب « الأذكار » • وينبغي أن يختصر جوابه ، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً ، قال الصيمري والخطيب وغيرهما : وإذا سئل عمن قال : أنا أصدق من محمـد بن عبد الله ، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات ، فلا يبادر بقوله : هذا

---

(١) الذي في « الأذكار » ١٢٢/٧ بشرح ابن علان : قال أبو جعفر النحاس في كتابه « صناعة الكتاب » : كره بعض العلماء قولهم : أطال الله بقاءك ، ورخص فيه بعضهم . ونقل ابن علان في شرحه أن الأذرعي نازع في إطلاق الكراهة ، واختار أن الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاة العدل قربة ، ولغيرهم مكروه بل حرام .

حلال الدم ، أو عليه القتل ، بل يقول : إن ثبت هذا بإقراره . أو ببينة. استتابه السلطان ، فإن تاب ، قبلت توبته . وإلا فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه ، وإن سئل عن شيء يحتمل وجوهاً يكفر ببعضها دون بعض قال : يسأل القائل ، فإن قال : أردت كذا ، فالجواب كذا . وإن قال : أردت كذا ، فالجواب كذا . وإذا سئل عمن قتل أو قلع سناً أو عيناً . احتاط في الجواب ، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص ،وإذا سئل عمن فعل مايقتضي تعزيره . ذكر مايعزر بـه ، فيقول : ضربه السلطان مابين كذا وكـذا ، ولا يزاد على كـذا ، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء ، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب . وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة . كتب على موضع الإلصاق . وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب ، لم يكتبه في ورقة أخرى ، بل في ظهر هذه أو حاشيتها وأيهما[1] أولى ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : هما سواء ، والراجح أن حاشيتها أولى . وبه قطع الصيمري وغيره . وليحذر أن يميل في فتواه مع المستفتي أو خصمه، ووجوه الميل معروفة . ومنها أن يكتب ماله دون ماعليه[2] . وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه . وإذا ظهر لـه أن الجواب خلاف غرض المستفتي . وأنه لايرضى بكتابته في ورقته ، اقتصر على مشافهته بالجواب ، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق ، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء ، فإن تساووا وجهل السابق ، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة ، والمسافر الذي شد رحله ، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً ، فيقدم حينئذ بالسبق ، ثم القرعة ، ثم لا

(١) في الأصل : أو أيهما .
(٢) في الأصل : مادون ما عليه .

يقدم أحداً[١] إلا في فتيا واحدة . قال الصيمري وغيره : إذا سئل عن ميراث ، فالعادة أن لايشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث . بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الاخوة والاخوات ، ولا بد أن يقول في الجواب : من أبوين أو أب أو أم ، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبنتان ، لايقول: للزوجة الثمن ، ولا التسع ، لأنه لم يطلقه أحد من السلف ، بل يقول: لها الثمن عائلاً ، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً ، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين . وإذا كان في المذكورين من لايرث أفصح بسقوطه . فقال : وسقط فلان . فإن كان سقوطه في حال دون حال . قال : وسقط فلان في هذه الحالة ونحو ذلك ، لئلا يتوهم أنه لايرث بحال . قال : وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخات. قال الصميري وغيره : وحسن أن يقول : تقسم التركة بعد إخراج مايجب تقديمه من دين أو وصية [٢] إن كانا . قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للإفتاء . وخطه موافق لما عنده . كتب تحته الجواب صحيح ، أو جوابي مثل هذا . أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق . وإن كان فيها خط من ليس بأهل ، قال الصيمري وغيره : لم يفت معه ، لأن ذلك تقرير للخطأ ، بل يضرب عليه . وينهر المستفتي ، ويعرفه قبح ما فعله . وانه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى . وإن رأى فيها اسم من لايعرفه . سأل عنه ، فإن لم يعرفه . فله الامتناع خوفاً مما قلناه . والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها ، فإن أبى . أجابه شفاهاً ، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها ، ولم تكن فتياه خطأ ، امتنع من الإفتاء معه .

---

(١) في الأصل : أحد .
(٢) في الأصل : فإن .

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء ، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب ، بني على وجهين ، حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا ؟ أحدهما : لا ، لأن المذهب لعارف الأدلة ، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء ، وأصحهما عند القفال له مذهب ، فلا تجوز مخالفته . وإن لم يكن منتسباً ، بني على وجهين ، حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين ؟ أحدهما : لا ، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أسد المذاهب ، فيقلد أهله وجهان ، كالبحث عن الأعلم . والثاني وبه قطع أبو الحسن إلكيا[(1)]: يلزمه . وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم ، لئلا يتلقط رخص المذاهب بخلاف العصر الأول . ولم تكن مذاهب مدونة ، فيتلقط رخصها . فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء ، وليس له التمذهب بمجرد التشهي ، ولا بما وجد عليه أباه . هذا كلام الأصحاب . والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمذهب بمذهب ، بل يستفتي من شاء ، أو من اتفق ، لكن من غير تلقط للرخص . ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه . وإذا استفتى وأفتاه المفتي . فقال أبو المظفر السمعاني : لا يلزمه العمل به إلا بإلزامه ، قال : ويجوز أن يقال : يلزمه إذا أخذ في العمل

---

(1) ضبطوه بهمزة مكسورة . ولام ساكنة ، ثم كاف مكسورة بعدها ياء ، ومعناه الكبير القدر بلغة الفرس وهو علي بن محمد بن علي الطبري الملقب بعماد الدين كبير علماء الشافعية في عصره . تفقه على إمام الحرمين وهو من أجل تلامذته بعد الغزالي . كان يحفظ أحاديث الأحكام ويناظر فيها . وهو القائل : إذا جالت فرسان الأحاديث في ميادين الكفاح ، طارت رؤوس المقاييس في مهاب الرياح . توفي سنة ٥٠٤ هـ من تصانيفه «أحكام القرآن» و «شفاء المسترشدين» و «نقد مفردات الامام أحمد» .

به ، وقيل : يلزمه إذا وقع في نفسه صحته ، قال : وهذا أولى الأوجه ، والمختار ما نقله الخطيب وغيره ، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر ،لزمه بمجرد فتواه ، وإن لم تسكن نفسه ، وإن كان هنـاك آخر لم يلزمـه بمجرد إفتائه ، إذ له أن يسأل غيره ، وحينئذ فقد يخالفه ، فيجيء فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتيين ، وينبغي للمستفتي أن يبـدأ من المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة ، وإن أراد إفرادهم في رقاع ، بدأ بمن شاء ، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه ، ويدفع الورقة إلى المفتـي منشورة ، ويأخذها منشورة ، فيريحه من نشرها وطيها . وإذا لم يجـد صاحب الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره ، ولا من ينقل حكمها ، قال الشيخ أبو عمرو : هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية ، وحكمها حكم ما قبـل ورود الشرع ، والصحيح في كل ذلك أن لاتكليف ولا حكم في حقـه أصلاً . فلا يؤاخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه . فهذا آخر النبذ التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هـذا المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ماذكرته في شرح «المهذب» .وموضع بسطها والزيادات والفروع هناك . وهذا الفصل مما يكثر الاحتيـاج إليه ، فلهذا بسطناه أدنى بسط . والله أعلم

المسألة الثالثة : يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف، فإن لم يأذن ، فله حالان أحدهما : أن يطلق التوليـة ، ولا ينهـاه عن الاستخلاف ، فإن أمكنه القيام بما تولاه ، كقضاء بلدة صغيرة ، فليس له الاستخلاف على الأصح ، وإن لم يمكنه كقضاء بلدتين أو بلد كبير، فله الاستخلاف في القدر الزائد على ما يمكنه ، وليس له الاستخلاف في الممكن على الأصح ، والقياس فيما إذا أذن له أن يكون في القـدر

المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع ، وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن • الحال الثاني : أن ينهاه عن الاستخلاف ، فلا يجوز الاستخلاف ، فإن كان ما فوضه إليه لايمكنه القيام به . فقال القاضي أبو الطيب : هذا النهي كالعدم ، والأقرب أحد أمرين إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان . وإما اقتصاره على الممكن . وترك الاستخلاف •

قلت : هذا أرجحهما[1] • **والله أعلم**

وجميع ماذكرناه في الاستخلاف العام . أما في الأمور الخاصة ، كتحليف وسماع بينة . فقطع القفال بجوازه للضرورة ، وقال غيره : هو على الخلاف . وهو مقتضى إطلاق الأكثرين •

فروع

أحدها : يشترط في الذي يستخلفه مايشترط في القاضي . قال الشيخ أبو محمد وغيره : فإن فوض إليه أمراً خاصاً ، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة ونقلها دون الحكم . كفاه العلم بشروط سماع البينة ، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد •

الثاني : قال الروياني في « التجربة » : نص الشافعي رحمه الله في « المبسوط » يدل على أن الحاكم الشافعي لايجوز أن يستخلف من يخالفه . والمعروف في المذهب خلافه ، لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده . ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز . وكذا إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة . فاعتقاد المقلد في حقه كاجتهاد المجتهد ، فلا يجوز أن يشرط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده.

---

(١) في الأصل : أرجحها .

فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة قال في « الوسيط » : له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها . وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف ؛ لكن قال الماوردي وصاحبا « المهذب » و « التهذيب » وغيرهم : لو قلد الإمام رجلاً القضاء على أن يقضي بمذهب عينه ؛ بطل التقليد . ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك ، وفي فتاوى القاضي حسين أن الإمام الحنفي لو ولى شافعياً بشرط أن لايقضي بشاهد ويمين ؛ ولا على غائب . صحت التولية . ولغا الشرط ، فيقضي بما أدى إليه اجتهاده، ومقتضى هذا أن لايراعى الشرط هناك ، قال الماوردي : ولو لم تجر صيغة الشرط . بل قال الإمام : قلدتك القضاء . فاحكم بمذهب الشافعي . ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة . صح التقليد ؛ ولغا الأمر والنهي . وفيه احتمال ، قال : ولو قال : لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد . جاز . وقد قصر عمله على باقي الحوادث ، وحكى وجهين فيما لو قال : لاتقض فيهما بقصاص أنه يلغو أم يكون منعاً له في الحكم في القصاص نفياً وإثباتاً .

الثالث : حيث منعنا الاستخلاف . فاستخلف فحكم الخليفة باطل ، لكن لو تراضى خصمان بحكمه ، كان كالمحكم وليس للقاضي إنفاذ حكمه . بل يستأنف الحكم بينهما ، وإذا جوزنا الاستخلاف ، فاستخلف من لا يصلح للقضاء . فحكمه باطل أيضاً . ولا يجوز إنفاذه .

المسألة الرابعة : إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد . نظر إن خص كل واحد بطرف منه ، أو بزمان ، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال . والآخر في الدماء والفروج . جاز . قال ابن كج : وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه . وإن عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثة، فإن شرط عليهما الاجتماع

في الحكم ، لم يجز ، لأن الخلاف يكثر في محل الاجتهاد ، فتتعطل الحكومات ، وإن أثبت لكل واحد الاستقلال فوجهان ، أحدهما : لايجوز كالإمامة العظمى ، فعلى هذا إن ولاهما معاً ، بطلت توليتهما ، وإن ولاهما متعاقبين ، صحت تولية الأول دون الثاني ، وأصحهما الجواز ، كالوكيلين والوصيين • فعلى هذا لو تنازع الخصمان فيإجابة داعي القاضيين يجاب من سبق داعيه ، فإن جاءا معاً أقرع ، وإن تنازعا في اختيار القاضيين ، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع ، وقال الماوردي : القول قول الطالب دون المطلوب ، فإن تساويا ، حضرا عند أقرب القاضيين إليهما ، فإن استويا في القرب فالأصح أنه يقرع ، وقيل : يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما وإن أطلق نصب قاضيين ، ولم يشرط اجتماعهما ، ولا استقلالهما ، قال صاحب « التقريب » : يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على مايجوز ، وقال غيره : التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال •

قلت : قول صاحب « التقريب » أصح . وبه قطع الرافعي في « المحرر » • **والله أعلم**

الخامسة : هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي ، وهل لحكمه بينهما اعتبار ، قولان أظهرهما عند الجمهور نعم ،وخالفهم الإمام والغزالي ، فرجحا المنع ، وقيل القولان في الأموال فقط ، فأما النكاح واللعان ، والقصاص ، وحد القذف وغيرها ، فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً ، والمذهب طرد القولين في الجميع ، وبه قطع الأكثرون ، ولا يجزئ في حدود الله تعالى على المذهب ، إذ ليس لها طالب معين . وفي « التهذيب » وغيره مايقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها وليس بشيء . وقيل القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا لم يكن في البلد قاض ، فإن كان لم يجز ، وقيل : هما إذا كان

قاض وإلا فيجوز قطعاً والمذهب طردهما في الحالين،فإذا جوزنا التحكيم اشترط في المحكم صفات القاضي ، ولا ينفذ حكمه إلا على من رضي بحكمه حتى لاتضرب دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ،ولا يكفي رضى القاتل ، وقيل : يكفي ، والعاقلة تبع له، والصحيح الأول • قال السرخسي : الخلاف مخصوص بقولنا تجب الدية على الجاني ، ثم تحملها العاقلة ، فإن قلنا : تجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعاً وهذا حسن • قال السرخسي : وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان ، فهل يشترط رضا الآخر ؟ فيه اختلاف نص ، والمذهب أنه لايشترط ، وليكن هذا مبنياً على جواز الاستخلاف إن جاز ، فالمرجوع إليه نائب القاضي • قال : ويشترط على أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للحكم أن يحكم لكل واحد منهما ، فإن كان أحدهما ابنه أو أباه ، لم يجز • وليس للمحكم الحبس، بل غايته الإثبات والحكم وقيل : يحبس وهو شاذ وهل يلزم حكمهما[1] بنفس الحكم كحكم القاضي أم لايلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما الأول ، ومتى رجع أحدهما قبل الحكم . امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين . فقال المدعى عليه: عزلتك ، لم يكن له أن يحكم • وقال الاصطخري : إن أحس المدعى عليه بالحكم فرجع ، ففي تمكينه من الرجوع وجهان خرجهما،والمذهب الأول . وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال . فخطب امرأة . وحكما رجلاً في التزويج ، كان له أن يزوج قال الروياني : وهذا هو الأصح. واختيار الاستاذين أبي إسحاق الإسفراييني . وأبي طاهر الزيادي وغيرهما من المشايخ ، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها ولي

---

(١) في الأصل : حكمه

خاص من نسيب أو معتق ، وشرط في بعض الشروح أن لايكون هناك قاض ، وحكى صاحب « العدة » القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت الروياني وجهين في اشتراطه • وليكن هذا مبنياً على الخلاف في أنه هل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاض أم لا ، وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي ، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره •

المسألة السادسة في أحكام منثورة تتعلق بالتولية •

يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية خالية عن قاض. فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلماً. فذاك . وإلا أحضره، وجمع بينه وبين العلماء ليعرف علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه وخلطاءه، فلو ولى من لا يعرف حاله . لم تنعقد توليته ، وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاة . ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة . وإن لم يكن المجعول إليه صالحاً للقضاء ، لأنه وكيل محض . وكذا لو فوض الى واحد من المسلمين اختيار قاض ، ثم ليس له أن يختار والده ولا ولده . كما لايختار نفسه • ولو قال لأهل بلد : اختاروا رجلاً منكم . وقلدوه القضاء . قال ابن كج : جاز على الأصح • ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية . أو بلدة ، أو ناحية . ويشترط تعيين المولى. فلو قال : وليت أحد هذين أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها ، لم يجز • ولو قال : فوضت القضاء إلى فلان وفلان . فهذا نصب قاضيين • وفي « الأحكام السلطانية » للقاضي الماوردي : إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة . وهو المشافهة باللفظ . والمراسلة . والمكاتبة عند الغيبة ، ويجيء في المراسلة والمكاتبة خلاف كما سبق في الوكالة . وإن كان المذهب الصحة كما ذكره • وفيه أن صريح اللفظ : وليت القضاء ، واستخلفتك . واستنبتك ، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر . كقوله : اقض بين الناس . أو احكم ببلدة كذا . وهو

ملحق بالصرائح ، كما في الوكالة • وفيه أن الكنايات : اعتمدت عليك في القضاء ، أو رددته إليك ، أو اعتمـدت ، أو فوضت ، أو وكلت ، أو أسندت ، وينبغي أن يقترن بها مايلحقها بالصرائح ولا يكاد يتضح[1] فرق بين : وليتك القضاء ، وفوضته إليك •

قلت : الفرق واضح فإن قوله : وليتك متعين لجعله قاضياً ، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض • **والله أعلم**

وفيه أن عند المشافهة يشترط القبول على الفور ، وفي المراسلة والمكاتبة لايشترط الفور . وقد سبق في الوكالة خلاف في اشتراط القبول . وأنه إذا اشترط ، فالأصح أنه لايعتبر الفور فليكن هكذا هنا•

فرع

يجوز تعميم التولية وتخصيصها . إما في الأشخاص بأن يوليه القضاء بين سكان محلة أو قبيلة . أو في خصومات شخصين معينين ، أو ولاه القضاء بين من يأتيه في داره أو في مسجده من الخصوم ، وإما في الحوادث بأن يوليه القضاء في الأنكحة دون الأموال أو عكسه . أو في قدر معين من المال ، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه . وإما في الأمكنة وهو ظاهر ، وإما في الأزمنة بأن يوليه سنة أو يوماً معيناً . أو يوماً سماه من كل اسبوع • وحكى ابن كج وجهاً أنه إذا قال : وليتك سنة ، بطلت التولية كما في الإمامة.

---

(١) في الاصل : يصح .

والمذهب الأول كالوكالة ، ولو كان كالإمامة ، لما جاز باقي التخصيصات • ومن ولـي القضاء مطلقا . استفاد سماع البينة والتحليف ، وفصل الخصومات بحكم بات أو إصلاح عن تراض ، واستيفاء الحقـوق والحبس عند الحاجة والتعزير . وإقامة الحدود ، وتزويج من ليس لها ولي حاضر[1] ، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء والنظر في الضوال وفي الوقف حفظاً للأصول ، وإيصالاً للغلات[2] الى مصارفها بالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متول . وبالقيام به إذا لم يكن • قال الماوردي : ويعم نظره في الوقوف العامة والخاصة ، لأن الخاصة ستنتهي الى العموم والنظر في الوصايا وتعيين المصروف إليه إن كانت لجهة عامة بالقيام بها إن لم يكن وصي . وبالفحص عن حاله إن كان ، والنظر في الطرق . والمنع من التعدي فيها بالأبنية ، وإشراع مالا يجوز إشراعه قال القاضي أبو سعد الهروي : ونصب المفتين والمحتسبين وأخذ الزكوات • وفصل الماوردي أمر الزكوات . فقال : إذا أقام الإمام لها ناظراً خرجت عن عموم ولاية القاضي ، والا فوجهان ، ويشبه أن يطرد هذا التفصيل ، في المحتسبين ، وكذا القول في إقامة[3] صلاة الجمعة والعيد ، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد ، وليس للقاضي جباية الجزية والخراج بالتولية المطلقة على الأصح •

الطرف الثاني في العزل والانعزال وفيه مسائل :

الأولى : إذا جن ، أو أغمي عليه ، أو عمي ، أو خرس ، أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفله أو نسيان لم ينفذ حكمه ، وكذا لو

---

(١) في نسخ الظاهرية : خاص .

(٢) في الأصل : للغات .

(٣) في الأصل : إمام .

فسق على الأصح . فلو زالت هذه الأحوال ، ففي عود ولايته من غير تولية مستأنفة وجهان سبقا في كتاب الوصايا ، الأصح ، لا يعود ، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء • ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه ، فولى قاضياً ، ثم بان خلافه ، لم يقدح في تولية الثاني •

الثانية : في الحال الذي يجوز فيه عزله ، فإن ظهر منه خلل ، فللإمام عزله . قال في « الوسيط » : ويكفي فيه غلبة الظن • وإن لم يظهر خلل ، نظر إن لم يكن من يصلح للقضاء ، لم يجز عزله ، ولو عزله ، لم ينعزل . وإن كان هناك صالح ، نظر إن كان أفضل منه ، جاز عزله وانعزل المفضول بالعزل ، وإن كان مثله أو دونه . فإن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها ، فللإمام عزله به ، وإن لم يكن فيه مصلحة ، لم يجز . فلو عزله ، نفذ على الأصح مراعاة لطاعة السلطان ، ومتى كان العزل في محل النظر ، واحتمل أن يكون فيه مصلحة ، فلا اعتراض على الإمام فيه ، ويحكم بنفوذه وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول ؟ وجهان ، وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان •

فرع

هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل ؟ قيل : قولان كالوكيل . والمذهب القطع بأنه لا ينعزل قبله . لعظم الضرر في نقض[١] أقضيته . ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً . أو كتب إليه : أنت معزول . أو عزلتك . فأما إذا كتب إليه : إذا أتاك كتابي هذا . فأنت معزول . فلا ينعزل قبل ان يصله الكتاب قطعاً . وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بعض .

معزول ، لم ينعزل قبل القراءة ، ثم إن قرأ بنفسه انعزل ، وكذا إن قرىء عليه على الأصح ، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال • ولو كان القاضي أمياً وجوزناه ، فقرىء عليه ، فالانعزال أولى •

فرع

للقاضي أن يعزل نفسه ، كالوكيل وفي « الإقناع » للماوردي أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده •

المسألة الثالثة : فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله ، فينعزل به كل مأذون له في شغل معين ، كبيع على ميت أو غائب ، وسماع شهادة في حادثة معينة ، وأما من استخلفه في القضاء ، ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ينعزل كالوكيل ، والثاني : لا ، للحاجة ، وأصحها ينعزل إن لم يكن القاضي مأذوناً له في الاستخلاف ، لأن الاستخلاف في هذا لحاجته ، وقد زالت بزوال ولايته ، وإن كان مأذوناً له فيه لم ينعزل إن كان قال : استخلف عني فامتثل ، وإن قال : استخلف عن نفسك ، أو أطلق ، انعزل ، ولو نصبه الإمام نائباً عن القاضي ، قال السرخسي : لاينعزل بموت القاضي وانعزاله ، لأنه مأذون له من جهة الإمام ، وفيه احتمال ، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته •

فرع

القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء ، والمذهب الذي قطع به الأصحاب الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله . لئلا تتعطل أبواب المصالح وهم كالمتولي من جهة الواقف •

فرع

القضاة والولاة لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم ، وانعزاله لشدة

الضرر في تعطيل الحوادث •

المسألة الرابعة إذا قال القاضي بعد الانعزال : كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل إلا ببينة ، وهل تقبل شهادته بذلك مع آخر ؟ وجهان قال الاصطخري : نعم ، والصحيح باتفاق الأصحاب المنع ؛ لأنه يشهد على فعل نفسه ، فعلى هذا لو شهد مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حكم بكذا، ولم يضف إلى نفسه ، قبلت شهادته على الأصح ؛ كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم ؛ ولم يذكر فعلها • ووجه المنع أنه قد يريد نفسه ، فوجب البيان ، ليزول اللبس ، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت البينة على حكم حاكم ، قبلت ولا يشترط تعيينه ؛ وهذا هو المذهب والمعروف ، وأشار بعضهم إلى وجه آخر ؛ فعلى هذا الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما • ثم يجوز أن يقال : الوجهان فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه ، فإن علم ، فهو كما لو أضاف • ويجوز أن يقال : هما إذا علم ؛ فإن لم يعلم قبل قطعاً لجواز إرادة غيره؛ وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكما حكم بكذا . وشهد معه آخر أن المعزول حكم به . وجب أن نقبل ؛ لأنا على هذا التقدير لا نعتني إلا بتصحيح الصيغة •

قلت : الاحتمال الأول هو الصحيح • والله أعلم •

ولو شهد المعزول أنه ملك فلان ، أو أن فلاناً أقر في مجلس حكمي بكذا ؛ قبلت شهادته ، لأنه لم يشهد على فعله ؛ وقول القاضي في غير محل ولايته : حكمت لفلان بكذا ، كقول المعزول • وأما إذا قال قبل العزل : حكمت بكذا ، فيقبل لقدرته على الانشاء في الحال وحتى لو قال على سبيل الحكم : نساء القرية طوالق من أزواجهن ؛ قبل قوله . ولا حاجة إلى حجة •

فرعــان

ذكرهما الهروي ، أحدهما : قال القاضي المعزول : المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد ، وقال الأمين : إنه لعمرو ، وما قبضته منك ، فالقول قول الأمين ، وإن وافقه على القبض منه ، فالقول قول القاضي • الثاني : يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده ، وحكم بشهادتهما ، لأنهما يشهدان على فعل القاضي • قال الأستاذ أبو طاهر : وعلى هذا تفقهت ، وأدركت القضـــاة •

الخامسة : ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبــله ، لأن الظاهر منها السداد ، وله التتبع على أحد الوجهين ، واختاره الشيخ أبو حامد احتياطاً • وإذا جاءه متظلم على القــاضي المعزول . وطلب إحضاره ، لم يسارع إلى إجابته . فقد يقصد ابتذاله ، بل يسأله عمّا يريد منه ، فإن ذكر أنه يدعي عليه عيناً ، أو دين معاملة ، أو إتلاف أو غصب ، أحضره ، وفصل خصومتهما ، كغيرهما • ولو قال : أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة . أو أخذ مني مالاً بشهادة عبدين أو غيرهما ممن لاتقبل شهادته ، ودفعه إلى فلان ، فكذلك الجواب ، لأن هذا الأخذ كالغصب ، وأما فلان الذي ادعى الدفع إليه ، فإن قــال : أخذته بحكم المعزول لي ، لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول له ، بـل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه ، وإن لم يكن بينة ، انتزع منه المال ، وإن اقتصر على أنه لي ، ولم يتعرض الآخـذ من المدعي لحكم المعزول ، فالقول قوله بيمينه ، ولو لم يتعرض المتظلم للآخذ ، بل قال : حكم علي بشهادة عبدين ونحوهما ، فقد حكــى الغزالي وجهاً أن دعواه لاتسمع ، ولا يصغى إليه وهذا الوجه خطـأ لانعرفه لأحد من الأصحاب ، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة، وبينته محكوم بها، ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه وجهان: أصحهما

نعم كغيره ، والثاني : لا يحضره إلا ببينة تقوم بما يدعيه ، أو على إقرار المعزول بما يدعيه ، لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب ، فيكفي هذا الظاهر حتى تقوم بينة بخلافه ، وعلى هذا فليس المراد أن البينة تقام في غيبته[1] ، ويحكم بها لكن الغرض أن يكون إحضاره ثبت فيقيم المدعي شهوداً يعرف القاضي بهم أن لدعواه أصلاً وحقيقة ، ثم إذا حضر المعزول ادعى المدعي ، وشهد الشهود في وجهه ، فإن أحضر بعد البينة أو من غير بينة ، فأقر ، طولب بمقتضاه ، وإن أنكر صدق بيمينه على الأصح عند العراقيين والروياني كالمودع وسائر الأمناء ، وقيل : يصدق بلا يمين ، وبه قال ابن القاص ، والاصطخري ، وصاحب « التقريب » والماوردي ، وصححه الشيخ أبو عاصم ، والبغوي . ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على بينة ، وأنه إذا أنكر هل يحلف ؟ ولو ادعى على نائب المعزول في القضاء ، فهو كالدعوى على المعزول ، وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء ، فقال : أخذت هذا المال أجرة عملي ، فصدقه المعزول ، لم ينفعه تصديقه ، بل يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل ، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل عليه البينة بجريان ذكر الأجرة . والثاني : نعم ، لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً . قال الإمام : والخلاف مبني على أن من عمل لغيره ولم يسم أجرة . هل يستحقها ؟

فرع

لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه ، نظر إن ادعى ما لا يتعلق بالحكم ، حكم بينهما خليفته أو قاضٍ آخر ، وإن ادعى ظلماً في الحكم ، وأراد تغريمه ، لم يمكن ، ولا يحلف القاضي ولا تغني

---

(1) في الأصل : عينية .

إلا البينة ، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور ، وأراد تغريمه، لأنهما أمينان شرعاً • ولو فتح باب تحليفهما لتعطل القضاء ، وأداء الشهادة ، وكذا الحكم لو قال للقاضي : قد عزلت ، فأنكر وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع هذا كسائر الأمناء إذا ادعيت خيانتهم •

الباب الثاني في جامع آداب القضاء فيه أطراف :

الأول في آداب متفرقة وهي عشرة :

الأول : أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء ، ويذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به ، ويعظه فيه ، فإن كان يبعثه إلى بلد آخر ، نظر إن كان بعيداً لاينتشر الخبر إليه ، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرآنه ، أو يقرؤه الإمام عليهما ، فإن قرأ غير الإمام ، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه ، ثم يخرج الشاهدان معه ، فيخبران بالحال هناك ، قال الأصحاب : وليس هذا على قواعد الشهادات ، إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة • ولو أشهد ولم يكتب ، كفى ، فإن الاعتماد على الشهود وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض ، فإن أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا ، فذاك ، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان ، أحدهما: المنع ، وبه قال أبو إسحاق ، لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة ، كالوكالة والإجارة ، وأصحهما الاكتفاء ، وبه قال الاصطخري : إذ لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الخلفاء الإشهاد ، ومن الأصحاب من أطلق الوجهين ، ولم يفرق بين البلد البعيد والقريب ، ويشبه أن لايكون خلاف ، ويكون التعويل على الاستفاضة ، ولا يجوز اعتماد مجرد الكتابة بغير استفاضة ، ولا إشهاد هذا هو المذهب والمفهوم من كلام الجمهور • وذكر الغزالي في اعتماده وجهين •

الأدب الثاني : إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه ، سأل عن حال من فيه من العدول والعلماء ، فإن لم يتيسر ، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد ، فإن لم يتيسر ، سأل حين يدخل ، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين .

قلت : قال الأصحاب : فإن تعسر يوم الاثنين فالخميس ، وإلا فالسبت . **والله أعلم** .

وأن يكون عليه عمامة سوداء ، فقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء ، وأن ينزل في وسط البلد أو الناحية ، لئلا يطول الطريق على بعضهم ، وإذا دخل ، فإن رأى أن يشتغل في الحال بقراءة العهد ، فعل ، وإن رأى أن ينزل منزله ، ويأمر منادياً ينادي يوماً فأكثر أو أقل على حسب صغر البلد أو كبره أن فلاناً جاء قاضياً ، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد ، فمن أحب ، فليحضر . فإذا اجتمعوا ، قرأ عليهم العهد ، وإن كان معه شهود ، شهدوا ثم ينصرف إلى منزله ، ويستحضر الناس ، ويسألهم عن الشهود والمزكين سراً وعلانية . قال الأصحاب : ويتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر والسجلات ، وحجج الأيتام والأوقاف ، وحجج غيرهم المودعة في الديوان ، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية ، وقد انتقلت الولاية إليه ، ثم إذا أراد النظر في الأمور نظر أولاً في المحبوسين هل يستحقونه أم لا ؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر فيهم من ينادي يوماً فأكثر على حسب الحاجة أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا ، فمن له محبوس ، فليحضر ، ويبعث إلى الحبس أميناً ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به ، ومن حبس له في رقعة . وذكر القاضي أبو الطيب أنه يبعث أمينين وهو أحوط . فإذا جلس في اليوم الموعود ، وحضر الناس ، صبت الرقاع بين يديه ، فيأخذ رقعة

وينظر في الاسم المثبت فيها ، ويسأل عن خصمه فمن قال : أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويحضره ، وهكذا يحضر من المحبوسين من يعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم وفي « أمالي » السرخسي أنه يقرع بينهم للابتداء • وإذا اجتمع عنده المحبوس وخصمه، سأل المحبوس عن سبب حبسه ، وجوابه يفرض على وجوه . منها أن يعترف أنه حبس بحق ، فإن كان ما حبس به مالاً ، أمر بأدائه . فإن قال : أنا معسر ، فعلى ما سبق في التفليس ، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره ، رد إلى الحبس ، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه ، فلعل له خصما آخر ، فإن لم يحضر أحد خلي ، وإن كان ما حبس به حداً ، أقيم عليه ، وخلي كما ذكرناه • ومنها أن يقول : شهدت على بينة ، فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود . ففي جواز الحبس بهذا السبب خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : لايحبس به، أطلقه ، وإلا رده ، وبحث عن حال الشهود ، ومنها أن يقول : حبست بخمر أو كلب أتلفته على ذمي ، وهذا القاضي لايعتقد التغريم بذلك ، فالأظهر أنه يمضيه ، والثاني : يتوقف ، ويسعى في اصطلاحهما على شيء • ومنها أن يقول : حبست ظلماً ، فإن كان الخصم معه ، فعلى الخصم البينة ، ويصدق المحبوس بيمينه ، فإن ذكر خصماً غائباً ، فقيل : يطلق قطعاً ، والأصح أنه على وجهين ، فإن قلنا : لايطلق حبس، أو يؤخذ منه كفيل ، ويكتب إلى خصمه في الحضور ، فإن لم يفعل ، أطلق حينئذ ، وإن قال : لا خصم لي أصلاً ، أو قال : لا أدري فيم حبست . نودي عليه لطلب الخصم ، فإن لم يحضر أحد ، حلف وأطلق قال في « الوسيط » : وفي مدة المناداة لا يحبس ، ولا يخلى بالكلية ، بل يرتقب ، وحيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لايطالب بكفيل على الأصح •

فرع

لو كان قد حبسه الأول تعزيراً[1] قال الغزالي : أطلقه الثاني ، ولم يتعرض الجمهور لهذا ، فإن بانت جنايته عند الثاني ، ورأى إدامة حبسه ، فالقياس الجواز .

فرع

فإذا فرغ من المحبوسين ، نظر في الأوصياء ، فإذا حضر من ادعى أنه وصي ، بحث الحاكم عن شيئين أحدهما أصل الوصاية ، فإن أقام بينة أن القاضي المعزول نفذ وصايته ، وأطلق تصرفه ، قرره ، ولم يعزله إلا أن يطرأ فسقه ونحوه وينعزل ، فينزع المال منه ، وإن شك في عدالته فوجهان ، قال الاصطخري : يقر[2] المال في يده ، لأن الظاهر الأمانة ، وقال أبو إسحاق : ينتزعه حتى تثبت عدالته ، وإن وجده ضعيفاً ، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه ، والتصرف فيه ، ضم إليه من يعينه ، والثاني تصرفه في المال ، فإن قال : فرقت ما أوصى به ، نظر إن كانت الوصية لمعينين ، لم يتعرض له ، لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلهم ، وإن كانت لجهة عامة ، فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمنه ، وإن كان فاسقاً ، ضمنه لتعديه بالتفريق بغير ولاية صحيحة ، ولو فرق الثلث الموصى به غير الوصي خوفاً عليه من أن يضيع ، نظر إن كانت الوصاية لمعينين ، وقع الموقع ، لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة ، وإلا فيضمن على الأصح .

فرع

ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال ،

(١) في الأصل : تقريراً .
(٢) في نسخ الظاهرية : « هذا » بدل « يقر » .

وتفرقة الوصايا ، فمن تغير حاله بفسق أو غيره ، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء ومن لم يتغير حاله ، أقره ، قال الروياني : وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء ، لأن الأمين يولى من جهة القاضي بخلاف الوصي .

فرع

ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها ، وفي اللقط والضوال ، فما لا يجوز تملكه للملتقط ، أو يجوز ولم يختر تملكه بعد الحول ، حفظه على صاحبه ، أو باعه ، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك ، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال ، وله أن يخلطها[1] بمثلها فإذا ظهر المالك ، غرم له من بيت المال .

فرع

ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم ، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحالة أو فيما هو فيه .

الأدب الثالث : يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين ، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات ، والكتب الحكمية ، لأن القاضي لا يتفرغ لها غالباً . ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها ، وأن يكون مسلماً عدلاً . وفي « المهذب » وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان ، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه ، وليس بشيء . ويستحب أن يكون فقيهاً وافر العقل ، عفيفاً عن الأطماع ، جيد الخط ،

(١) في الأصل : يحفظها .

ضابطاً للحروف ، وأن يجلسه القاضي بين يديه ليملي عليه ، ويشاهد ما يكتبه . وأما المزكون فسيأتي فيهم فصل مفرد إن شاء الله تعالى . وأما المترجمون ، فللحاجة إلى معرفة كلام من لايعرف القاضي لغته من خصم أو شاهد ، ويشترط في المترجم التكليف والحرية والعدالة ؛ لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لايعرفه ، فأشبه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب ؛ ولهذه العلة شرطنا العدد فيه وفي المزكي . قال الأصحاب : فإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين ؛ قبلت الترجمة من رجلين أو من رجل وامرأتين ، وانفرد الإمام باشتراط رجلين ، واختاره البغوي لنفسه . وأما النكاح والعتق وسائر مالا يثبت إلا برجلين . فيشترط في ترجمته[1] رجلان ، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة ؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا . وقيل : يكفي رجلان قطعاً ، ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكل مترجمان ؟ قولان كشهود الفرع . وبالأول قطع العبادي في «الرقم» ، ويجوز أن يكون المترجم أعمى على الأصح ؛ لأنه يفسر اللفظ . ولا يحتاج إلى معاينة وإشارة بخلاف الشهادة ، وإذا كان بالقاضي صمم ، واحتاج إلى من يسمعه فثلاثة أوجه أصحها : يشترط العدد كالمترجم ، والثاني : لا ، لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم . والحاضرون بخلاف المترجم . والثالث : إن كان الخصمان أصمين ، اشترط ، لأن غيرهما لا يعتني اعتناءهما ، وإن كانا سميعين ، فلا . فأما إسماع الخصم مايقوله القاضي ، وما يقوله الخصم ، فحكى الروياني عن القفال ، أنه لايشترط فيه العدد ، وإذا شرطنا العدد . اشترط لفظ الشهادة على الأصح ، فيقول : أشهد أنه يقول كذا ، ومن منع ، قال : ليست بشهادة محققة ، وإذا لم يشترط العدد ، اشترطت الحرية على الأصح ، كهلال رمضان ،

---

(1) في الأصل : ترجمة .

ولا يسلك به مسلك الروايات وليجري الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده من المترجم[1] ، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم .

فرع

إذا لم يجد القاضي كفاية ، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء ، وإن وجدها وتعين عليه ، لم يجز أخذ شيء ، وإلا فيجوز . ويستحب ترك الأخذ . ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء ، وفي فتاوى القاضي حسين وجه أنه يجوز[2] ، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور ، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئاً مع رزق القاضي لثمن ورق المحاضر والسجلات ، ولأجرة الكاتب ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أو احتيج إليه لما هو أهم ، فإن أتى المدعي بورقة تثبت فيها خصومته وشهادة الشهود ، وبأجرة الكاتب ، فذاك ، وإلا فلا يجبر عليه ، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى ، فقد تنسى شهادة الشهود وحكم نفسه . وليكن رزق القاضي بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرهما ، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق به من الخيل والغلمان ، والدار الواسعة . ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ، لأنه قد بعد العهد بزمن النبوة التي كانت سبب النصر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب ، فلو اقتصر الإمام اليوم على ذلك ، لم يطع ، وتعطلت الأمور . ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه ، أو رزقه أهل ولايته ، أو واحد منهم فالذي خرجه صاحب « التلخيص » أنه لايجوز له قبوله . وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن

(١) في نسخ الظاهرية : في المترجم .
(٢) في الأصل : لا يجوز .

من مال الإمام ، أو أحد الرعية ، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لايورث تهمة وميلاً في المؤذن بخلاف القاضي ، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال يرزق أيضاً من يرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب ، وإمام الصلاة والمؤذن ، ومن يعلم الناس القرآن ، ومن يقيم الحدود والقاسم ، وكاتب الصكوك ، فإن لم يكن في بيت المال شيء ، لم يعين قاسماً ولا كاتباً لئلا يغالي بالأجرة وألحق بهؤلاء المقوم ، وفي المترجم وجهان ، أصحهما : يرزق من بيت المال كهؤلاء ، والثاني : لا ، كالوكيل قاله ابن القاص ، وأبو زيد ، وعلى هذا فمؤنة مايترجم به للمدعى عليه على المدعى عليه ، والمسمع كالمترجم ، ففي مؤنته الوجهان ، وهما جاريان في المزكي ، والقول في الشاهد يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى .

الأدب الرابع : يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً بارزاً نزهاً لا يؤذي فيه حر ولا برد وريح وغبار ودخان ، فيجلس في الصيف حيث يليق به ، وكذا في الشتاء وزمن الرياح ، واستحب أبو عبيد بن حربويه وغيره من الأصحاب أن يكون موضع جلوسه مرتفعاً كدكة ونحوها ليسهل عليه النظر إلى الناس ، وعليهم المطالبة ، وحسن أن يوطأ له الفراش ، وموضع الوسادة ، ليعرفه الداخل ، ويكون أهيب عند الخصوم ، وأرفق بالقاضي لئلا يمل ، والمستحب أن يكون مستقبل القبلة ، ولا يتكيء ، ويستحب أن لايتخذ المسجد مجلساً للقضاء ، فإن اتخذ ، كره على الأصح ، لأنه ينزه عن رفع الأصوات ، وحضور الحيض ، والكفار والمجانين وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء ، والثاني : لايكره كما لايكره الجلوس فيه لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء ، وإذا أثبتنا الكراهة ، فهي في إقامة الحد أشد ، وكراهة اتخاذه مجلساً للقضاة كراهة تنزيه ، فإن ارتكبها لم يمكن الخصوم من

الاجتماع فيه والمشاتمة ونحوها ، بل يقعدون خارجه ، وينصب من يدخل خصمين خصمين ، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها ، فلا بأس بفصلها ، وإذا جلس للقضاء ولا زحمة ، كره أن يتخذ حاجباً على الأصح ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح .

الأدب الخامس : يكره أن يقضي في كل حال يتغير فيه خلقه ، وكمال عقله لغضب أو جوع أو شبع مفرطين أو مرض مؤلم ، وخوف مزعج ، وحزن وفرح شديدين ، وغلبة نعاس أو ملال أو مدافعة أحد الأخبثين ، أو حضور طعام يتوق إليه ، ثم قال الإمام والبغوي وغيرهما : الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى ، وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق ، ولو قضى في هذه الحال ، نفذ .

فصل

إذا أقر المدعى عليه أو نكل ، فحلف المدعي ، ثم يسأل المدعي القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل ، وحلف المدعي ، لزمه إجابته . ولو أقام بينة بما ادعاه ، وسأل القاضي الإشهاد عليه ، لزمه أيضاً في الأصح ، ولو حلف المدعى عليه ، وسأله الإشهاد ليكون حجة له ، فلا يطالبه مرة أخرى ، لزمه إجابته ، وإن سأله أحد المتداعيين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج ، نظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ، ولم يأت به الطالب ، لم يلزمه إجابته وإن كان فهل يجب أم يستحب ؟ وجهان أصحهما : الاستحباب ، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب ، وإن طلب أن يحكم له بما ثبت ، لزمه الحكم ، فيقول : حكمت له به ، أو أنفذت الحكم به ، أو ألزمت خصمه الحق ، وإذا حكم ، فطلب الإشهاد على حكمه ، لزمه الإشهاد ، وإن طلب أن يكتب له به سجلاً ، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة

المحضر ، ونقل ابن كج وجهاً ثالثاً أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل والوقوف وأموال المصالح ، فلا يجب في الحال والحقوق الخاصة ، وسواء أوجبنا الكتابة أم استحببناها ، فيحتاج إلى بيان المكتوب ، وأنه كيف يضبط ويحفظ ، أما الأول . فالمكتوب محضر وسجل . أما المحضر ، فصورته . بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضي فلان ابن فلان ، وأحضر معه فلان ابن فلان . ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز ، وهذا إذا عرفهما القاضي ، ويستحب مع ذلك التعرض لحليتهما طولاً وقصراً في القد، وسمرة وشقرة في الوجه، ويصف منهما الحاجب والعين والفم والأنف. وإن لم يعرفهما ،كتب :حضر رجل ذكر أنه فلان ابن فلان، وأحضر معه رجلاً ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان . ولابد والحالة هذه من التعرض لحليتهما ، ثم يكتب : وادعى عليه كذا من عين أو دين بصفتهما ، فأقر المدعى عليه بما ادعى ، فإن أنكر ، وأقام المدعي بينة كتب ، فأحضر المدعي فلاناً وفلاناً شاهدين ، وسأل القاضي استماع شهادتهما ، فسمعها في مجلس حكمه ، وثبت عنده عدالتهما ، وسأله أن يكتب محضراً بما جرى ، فأجابه إليه ، وذلك في تاريخ كذا ، ويثبت على رأس المحضر علامته من الحمدلة وغيرها،ويجوز أن يبهم الشاهدين فيكتب : وأحضر عدلين شهدا له بما ادعاه ، ولو كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهدين ، كتب تحت خطهما : شهد عندي بذلك ، وأثبت علامته في رأس الكتاب ، واكتفى به عن المحضر ، جاز ، وإن كتب المحضر ، وضمنه ذلك الكتاب ، جاز ، وعلى هذا قياس محضر يذكر تحليف المدعى عليه أو المدعي بعد نكول المدعى عليه .

وأما السجل ، فصورته : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا ، فأقر فلان لفلان، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهما عنده، أو بيمينه

بعد نكول المدعى عليه ، وأنه[1] حكم بذلك لفلان على فلان ، وأنفذه بسؤال المحكوم له . ويجوز أن يكتب : ثبت عنده ما في كتاب هذه نسخته ، وينسخ الكتاب إلى آخره ، ثم يكتب : وانه حكم بذلك وكيفية التعرض لنسب المتداعيين وحليتهما على ما ذكرنا في المحضر . وفي تعليق الشيخ أبي حامد أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل إذا لم يعرف المتداعيين ، والصحيح الأول ، وإذا كان المتداعيان ، أو أحدهما امرأة ، واحتاج إلى إثبات الحلية ، فليكن النظر لذلك ، كالتحمل للشهادة ، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ ، فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات نسختين يدفع إلى صاحب الحق إحداهما غير مختومة ، وتحفظ الأخرى في ديوان القضاء مختومة ، ويكتب على رأسها اسم الخصمين ، ويضعها في خريطة أو قمطر ، وهو السّفط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات ، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس ، فإذا أراد أن يقوم ، ختمه بنفسه ، أو ختمه أمين وهو ينظر ، ثم أمر بحمله إلى موضعه ، ثم يدعو به في اليوم الثاني وينظر في الختم ، ويفكه بنفسه أو يفكه[2] أمينه ، وهو ينظر ويضع فيه كتب اليوم الثاني كما ذكرنا . وهكذا يفعل حتى يمضي الأسبوع ، فإن كثرت . جعلها إضبارة وكتب عليها : خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا وسجلاته ، وعزلها . وإن لم يكتب ، تركها حتى يمضي شهر ، ثم يعزلها ، فإذا مضت سنة ، جمعها ، وكتب عليها : كتب سنة كذا ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة ، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره ، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى أخذه بنفسه ، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته .

فرع

قال الهروي : إن أوجبنا التسجيل على القاضي ، لم يجز له أخذ

---

(١) في الأصل : وأن .
(٢) في الأصل : يفكينه .

الأجرة عليه ، وإلا فيجوز . وأطلق بعضهم القول بالجواز ، وهو موافق لمنع الوجوب ، وهو الأصح ، وكذا استئجار المفتي ليكتب الفتوى .

الأدب السادس : يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأمناء ، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده ، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده ، وإن شاء أقعدهم ناحية ، فإذا احتاج استدعاهم .

قلت : الأول أولى . والله أعلم

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر ، وتعارض الآراء ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع [أو] قياس جلي ، فلا مشاورة فيه وإذا حضر المستشارون ، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وذكر الغزالي أنهم يحضرون قبل خروجه ، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة .

[الأدب] السابع : يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، بل يوكل من لايعرفه الناس ، فإن عرفوه بوكالته أبدله ، فإن لم يجد من يوكله ، عقد بنفسه للضرورة ، فإن وقعت خصومة لمعاملة ، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه ، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء ، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات ، بل نص في « الأم » أنه لاينظر في نفقة عياله ولا أمر ضيعته ، ويكل إلى غيره ليتفرغ قلبه .

فصل

يحرم على القاضي الرشوة ، ثم إن كان له رزق في بيت المال ، لم يجز أخذ عوض من الخصوم ، فإن لم يكن ، فقال الشيخ أبو حامد:

لو قال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً ، جاز ، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره ، وهذا نحو مانقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج ، ولم يتعين عليه القضاء ، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله ، وإن تعين ، قال أصحابنا : لايجوز الأخذ وجوزه صاحب « التقريب » وأما باذل الرشوة ، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق ، [أو يترك الحكم بحق] حرم عليه البذل، وإن كان ليصل إلى حقه ، فلا يحرم كفداء الأسير .

قلت : وأما المتوسط بين المرتشي والراشي ، فله حكم موكله منهما ، فإن وكلا ، حرم عليه ، لأنه وكيل للآخذ وهو محرم عليه . والله أعلم

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها ، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال ، حرم قبول هديته في محل ولايته ، وهديته في غير محل ولايته ، كهدية من عادته أن يهدى [له] قبل الولاية لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح ، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجهاً وهو [مقتضى] إطلاق الماوردي ، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية[1] ، فإن زاد المهدي على القدر المعهود ، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية ، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام، فله الأخذ والتملك ، والأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال ، وحيث قلنا بالتحريم ، فقبلها ، لم يملكها على الأصح ، فعلى هذا لو أخذها ، قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيح أنه يردها على مالكها ، فإن لم يعرفه ، جعلها في بيت المال .

---

(1) على هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : سقط تمام الفصل فيمن ليس له عادة بالهدية ، ولم يصحح المصنف على هذه التخريجة .

فرع

قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً، والهدية جائزةفي بعض الأحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما ، والفرق من وجهين ، أحدهما ذكره ابن كج : أن الرشوة هي التي يشرط على قابلها الحكم بغير الحق ، أو الامتناع عن الحكم بحق ، والهدية : هي العطية المطلقة . والثاني قال الغزالي في « الإحياء » : المال إما يبذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة ، وإما لعاجل ، وهو إما مال ، فهو هبة بشرط ثواب ، أو لتوقع ثواب ، وإما عمل ، فإن كان عملاً محرماً ، أو واجباً متعيناً ، فهو رشوة ، وإن كان مباحاً فإجارة أو جعالة ، وإما للتقرب والتودد إلى المبذول له ، فإن كان بمجرد نفسه ، فهدية ، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد ، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب ، فهو هدية . وإن كان بالقضاء والعمل ، فهو رشوة .

[الأدب]الثامن : في تأديبه المسيئين عمن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود ، أو ظهر منه مع خصمه لدد ، أو مجاوزة حد ، زجره ونهاه ، فإن عاد ، هدده وصاح عليه ، فإن لم ينزجر، عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول ، أو ضرب وحبس، ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد ، وعن الاصطخري أنه على قولين . وفي « يتيمة اليتيمة » أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود . وهذا الذي ادعاه غير مقبول ، بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود ، ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال : عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً . ومثال اللدد أن تتوجه اليمين على الخصم ، فيطلب يمينه ، ثم يقطعها عليه ، ويزعم أن له بينة ، ثم يحضره ثانياً وثالثاً ، ويفعل كذلك ، وكذا

لو أحضر رجلاً ، وادعى عليه وقال : لي بينة وسأحضرها ، ثم فعل ذلك ثانياً وثالثاً إيذاء وتعنتاً . ولو اجترأ خصم على القاضي وقال : أنت تجور أو تميل ، أو ظالم ، جاز أن يعزره وأن يعفو ، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه ، والتعزير أولى إن حمل عليه .

فرع

شهادة الزور من أكبر الكبائر ، ومن ثبت أنه شهد بزور ، عزره القاضي بما يراه من توبيخ وضرب وحبس ، وشهر حاله ، وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كانت له قبيلة ، أو مسجده تحذيراً للناس منه ، وتأكيداً لأمره ، وإنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد إن تيقن القاضي ، بأن شهد أن فلاناً زنى بالكوفة يوم كذا ، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد . هكذا أطلقه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى ، ولم يخرجوه على أن القاضي [هل] يحكم بعلمه ، ولا يكفي قيام البينة بأنه شاهد زور ، فقد تكون هذه بينة زور .

[الأدب] التاسع : لاينفذ قضاء القاضي لنفسه ، ولا لمملوكه القن وغيره القن ، ولا لشريكه فيما له فيه شرك ، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك ، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا ، ولا فروعه وإن نزلوا ، ولا لمملوك أحدهم ، ولا لشريكه ، فإن فعل ، لم ينفذ على الصحيح . ولو أراد أن يقضي لهم بعلمه ، لم ينفذ قطعاً ، وإن جوزنا قضاءه بعلمه للأجانب . ويجوز أن يقضي على أصوله وفروعه ، كما يشهد عليهم . وفصل البغوي الحكم للولد وعليه ، فقال : له أن يحلف ابنه على نفي ما يدعى عليه، لأنه قطع للخصومة لا حكم له ، وله أن يسمع بينة المدعي

على ابنه ، ولا يسمع بينة الدفع من ابنه ، وهل له أن يحكم بشهادة ابنه ؟ وجهان ، لأنه يتضمن تعديله ، فإن عدله شاهدان ، فالمتجه أنه يقضي ، ولو تحاكم إليه أبوه وابنه . هل له الحكم لأحدهما ؟ وجهان في «المهذب» أصحهما : لا، وبه قطع البغوي . ومتى وقعت له خصومة، أو لأحد هؤلاء الذين يمنع حكمه لهم ، قضى فيها الإمام ، أو قاضي بلدة أخرى ، أو نائبه ، وفي النائب وجه ضعيف .

قلت : قال البغوي : وللقاضي أن يستخلف أباه أو ابنه ، لأنهما كنفسه . قال : ولو جعل الإمام إلى رجل أن يختار قاضياً ، لم يجز أن يختار والده ولا ولده ، كما لايختار نفسه ، وسيأتي قريباً في مسائل التزكية أنه لايصح تزكية ولد ولا والد على الصحيح . والله أعلم

فرع

لايقضي على عدوه على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، كالشهادة عليه ، وجوزه الماوردي في كتابه « الأحكام السلطانية » لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة .

فرع

تولى وصي اليتيم القضاء هل له أن يسمع البينة ويحكم له ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قال القفال ، ومنعه ابن الحداد .

[الأدب] العاشر : فيما ينقض من قضائه وقضاء غيره ، وذلك يتعلق بقواعد ، إحداها الأصول التي يقضي بها القاضي ، ويفتي بها المفتي كتاب الله تعالى ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والإجماع ، والقياس ، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويقال : الإجماع يصدر عن أحدهما ، والقياس يرد إلى أحدهما . وأما قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم ، فإن لم ينتشر فيهم، فقولان : القديم أنه حجة،والجديد

ليس بحجة ، ثم قال أبو بكر الصيرفي والقفال القولان إذا لم يكن معه قياس ، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتج به قطعاً ، ورجح على القياس القوي ، وقال الأكثرون في الجميع القولان ، فإن قلنا بالقديم ، وجب الأخذ به ، وترك القياس ، وفي تخصيص العموم به وجهان ، وإن قلنا بالجديد ، فهو كقول آحاد المجتهدين ، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي ، قال الغزالي : قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده •

قلت : قد صرح الشيخ أبو إسحاق في « اللمع » وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق • **والله أعلم**

وإن انتشر قول الصحابي ، فله ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يخالفه غيره ، فعلى الجديد هو كاختلاف سائر المجتهدين ، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا ، فإن اختص أحد الطرفين بكثرة عدد ، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، ترجح ، نص عليه في القديم في غير علي وألحق الجمهور بهم علياً ، ومنهم من لم يلحقه ، لأن الثلاثة كانوا في دار الهجرة والصحابة متوافرون ، وكانوا في حكمهم وفتواهم يتشاورون ، وعلي رضي الله عنه انتقل إلى الكوفة ، وتفرقت الصحابة • وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين ، أو وجد في أحدهما أحدهما ، وفي الآخر الآخر ، فهما سواء • ولو كان في أحدهما أبو بكر أو عمر ، وفي الآخر عثمان أو علي رضي الله عنهم ، فهل يستويان ، أم يرجح طرف الشيخين ؟ وجهان • ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين ، فيستويان في وجه ، ويقدم طرف أبي بكر رضي الله عنه في وجه •

الحال الثاني : أن يوافقه سائر الصحابة رضي الله عنهم ، ويقولوا بما قاله ، فهذا إجماع منهم على الحكم ، ولا يشترط فيه انقراض عصر

المجمعين على الأصح ، ولا يتمكن أحدهم من الرجوع ، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجة عليهم، كما هو حجة على غيرهم.

الحال الثالث : أن يسكتوا ، فلا يصرحوا بموافقته ولا مخالفته فاختار الغزالي في « المستصفى » أنه ليس بحجة ، والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب أنه حجة ، لأنهم لو خالفوه ، لاعترضوا[1] عليه ، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع ؟ وجهان ، قال الروياني: هذا إذا لم يظهر أمارات الرضى ممن سكت ، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف ، قالوا : والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعاً ، وهل يفرق في كونه حجة وإجماعاً بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى ، أو حكماً من إمام أو قاض ؟ فيه طرق قال ابن أبي هريرة : فإن كان فتوى ، فحجة . وإن كان حكماً ، فلا ، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب ، ولعل السكوت لذلك . وقال أبو إسحاق عكسه ، لأن الحكم يصدر عن مشاورة ومراجعة ، وقال الأكثرون : لافرق ، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره ، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في الحد ، وعمر رضي الله عنه في المشركة . ومختصر هذا الاختلاف أوجه ، الصحيح أنه حجة ، والثاني حجة وإجماع ، والثالث ليس بحجة . والرابع من المفتي حجة . ومن الحاكم لا ، الخامس عكسه هذا إذا نقل السكوت ، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت ، فيجوز أن لا يلحق بهذا . ويجوز أن يستدل به على السكوت .

ت : المختار أن عدم النقل كنقل السكوت ، لأنه الأصل والظاهر . والله أعلم

---

(١) في الأصل : واعترضوا .

القاعدة الثانية : اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس ، والأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله أن القياس نوعان جلي وغيره ، وأما الجلي ، فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما ، أو يبعد . وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى : (فلا تقل لهما أف) وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى : (فمن يعمل مثقال ذرة) الآية. و[مافوق] النقير بالنقير في قوله تعالى:(ولا يظلمون نقيرا) ونظائره ، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول ، وبعض الأصحاب لايسمي هذا قياساً ، ويقول : هذه الإلحاقات مفهومة من النص ، ويقرب من هذا إلحاق العمياء بالعوراء في حديث النهي عن التضحية بالعوراء وسائر الميتات بالفأرة ، وغير السمن بالسمن في حديث « الفأرة تقع بالسمن إن كان مائعاً فأريقوه . وإن كان جامداً فألقوها وما حولها » والغائط بالبول في قوله صلى الله عليه وسلم : « لايبولن أحدكم في الماء الدائم » ومن الجلي ماورد النص فيه على العلة كحديث « إنما نهيتكم من أجل الدافة » وكذا قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) وأما غير الجلي فما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد ، فمنه ما العلة فيه مستنبطة ، كقياس الأرز على البر بعلة الطعم ، وقال ابن القاص : هو من الجلي ، والصحيح الأول ، ومنه قياس الشبه . وهو أن يشبه الحادثة أصلين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه ، وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها ، فيلحق بما المشاركة فيه أكثر ، وربما سمي قياس الشبه خفياً والذي قبله غير الجلي واضحاً ، وربما خص الجلي ببعض الأول ، وهو ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل .

قلت : واختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه ، وأنه هل هو حجة . **والله أعلم**

القاعدة الثالثة : المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها طريقان أشهرهما قولان ، أظهرهما : الحق فيها واحد ، والمجتهد مأمور بإصابته ، والذاهب إلى غيره مخطىء ، والثاني : أن كل مجتهد مصيب ، والطريق الثاني القطع بالقول الأول ، وبه قال أبو إسحاق ، والقاضي أبو الطيب ، فإن قلنا : المصيب واحد ، فالمخطىء مغدور غير آثم ، بل مأجور ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اجتهد الحاكم ، فأصاب ، فله أجران ، وإذا اجتهد ، فأخطأ ، فله أجر » وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» قال ابن أبي هريرة : يأثم ، والصواب الأول ، وفيما يؤجر عليه وجهان عن أبي إسحاق أحدهما — وهو ظاهر النص ، واختيار المزني — : يؤجر على قصده الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد، لأنه أفضى به إلى الخطأ ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به ، والثاني يؤجر عليه ، وعلى الاجتهاد جميعاً . وإذا قلنا : كل مجتهد مصيب ، فهل نقول : الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ماظنه ، أم الحق واحد . وهو أشبه مطلوب إلا أن كلاً منهم مكلف بما ظنه لا بإصابة الأشبه ؟ وجهان ، اختار الغزالي الأول ، وبالثاني قطع أصحابنا العراقيون . وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي .

فرع

متى حكم القاضي بالاجتهاد ، ثم بان له الخطأ في حكمه ، فله حالان ، أحدهما : إن تبين أنه خالف قطعياً كنص كتاب ، أو سنة متواترة . أو إجماع ، أو ظناً محكماً بخبر الواحد ، أو بالقياس الجلي ، فيلزمه نقض حكمه . وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليترافعا إليه ، فينقض الحكم ؟ وجهان ، قال ابن سريج : لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ . فإن ترافعا إليه ، نقض ، وقال سائر الأصحاب : يلزمه وإن علما أنه بان [له] الخطأ . وهذا هو الصحيح ، لأنهما قد

يتوهمان أنه لاينقض وإن بان الخطأ • هذا في حقوق الآدميين ، وأما مايتعلق بحدود الله تعالى ، فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ ، وما لا يمكن تداركه سبق حكم ضمانه •

الحال الثاني : إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به ، وأنه الصواب ، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً ، ولا ينقض ما حكم به أولاً ، بل يمضيه ، ثم ماينقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره ، ومالا ، فلا• ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه ، ولو كان المنصوب للقضاء قبله لايصلح للقضاء ، نقض أحكامه كلها ، وإن أصاب فيها ، لأنها صدرت ممن لاينفذ حكمه ، هذا هو القول الجملي فيما ينقض ولا ينقض • ثم تكلموا في صور ، منها لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ، ومدة العدة ، فوجهان أشهرهما وظاهر النص ، نقضه ، لمخالفة القياس الجلي، لأنه يجعل حياً في المال ، فلا يقسم بين ورثته ، فلا يجعل ميتاً في النكاح. والثاني : لا ينقض كغيره من الاجتهاديات ، قال الروياني : هذا هو الصحيح • وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس ، أو بسقوط الحد عمن نكح أمه ووطئها، ومنها حكم الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوزه ، وفي ذكاة الجنين ، ومنع القصاص في القتل بالمثقل ، وصحة النكاح بلا ولي ، أو بشهادة فاسقين ، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد ، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين . وصحة نكاح الشغار والمتعة . وقتل المسلم بالذمي ، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، وردالزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى . وفي نقض هذه

الأحكام وجهان ، قال الروياني : الأصح لا نقض ، لأنها اجتهادية ، والأدلة متقاربة ، ومن نقض ، قال : فيها نصوص وأقيسة جلية، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد .

فرع

ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لايقبله ولا ينفذه ، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه ، فنقل ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه أنه يعرض عنه ، ولا ينفذه ، لأنه إعانة على ما يعتقده خطأ . وقال ابن القاص : لا أحب تنفيذه . وفي هذا إشعار بتجويز التنفيذ ، وقد صرح السرخسي بنقل الخلاف ، فقال : إذا رفع إليه حكم قاض قبله ، فلم ير فيه ما يقتضي النقض ، لكن أدى اجتهاده إلى غيره ، فوجهان ، أحدهما : يعرض عنه ، وأصحهما : ينفذه ، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه، ثم تغير اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض، وترافع خصماء الحادثة إليه فيها ، فإنه يمضي حكمه الأول ، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه .

فرع

إذا استقضي مقلد للضرورة ، فحكم بمذهب غير مقلده . قال الغزالي في الأصول : إن قلنا : لايجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده ، نقض حكمه ، وإن قلنا : له تقليد من شاء ، لم ينقض .

فصل

حكم القاضي ضربان ، أحدهما : مما ليس بإنشاء ، وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة ، فينفذ ظاهراً لا باطناً ، فلو حكم بشهادة زور بظاهري العدالة ، لم يحصل بحكمه الحل باطناً ، سواء كان المحكوم به

مالاً أو نكاحاً أو غيرهما ، فإن كان نكاحاً ، لم يحل للمحكوم له الاستمتاع . ويلزمها الهرب والامتناع ما أمكنها ، فإن أكرهت فلا إثم عليها . فإن وطىء ، قال الشيخ أبو حامد : هو زان ويحد ، وخالفه ابن الصباغ والروياني ، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجعلها منكوحة بالحكم، وذلك شبهة للخلاف[1] في الإباحة ، وإن كان المحكوم به الطلاق ، حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن ، لكن يكره ، لأنه يعرض نفسه للتهمة والحد ويبقى[2] التوارث بينهما، ولاتبقى النفقة للحيلولة ، ولو تزوجت لآخر ، فالحل مستمر للأول ، فإن وطئها الثاني جاهلاً بالحال، فهو وطء شبهة ،ويحرم على الأول في العدة ، وإن كان الثاني عالماً ، أو نكحها أحد الشاهدين ووطىء ، فوجهان أحدهما يحد ، ولا يحرم على الأول في العدة ، والأشبه أنه وطء شبهة لما سبق .

الضرب الثاني : الانشاءات كالتفريق بين المتلاعنين ، وفسخ النكاح بالعيب ، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك ، فإن ترتبت على أصل كاذب ، بأن فسخ بعيب قامت بشهادة زور ، فهو كالضرب الأول ، وإن ترتبت على أصل صادق ، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين ، نفذ ظاهراً وباطناً ، وإن كان مختلفاً فيه ، نفذ ظاهراً ، وفي الباطن أوجه ، أصحها عند جماعة ، منهم البغوي ، والشيخ أبو عاصم: النفوذ مطلقاً لتتفق الكلمة ، ويتم الانتفاع . والثاني : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق ، واختاره الغزالي . والثالث : إن اعتقده الخصم أيضاً . نفذ باطناً ، وإلا فلا ، هذه الأوجه تشبه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي ونحوه ، فإن منعنا النفوذ باطناً مطلقاً ، أو في حق من لا يعتقده

---

(١) في الأصل : للإباحة .

(٢) في الأصل : وينفي .

لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة الجوار ، أو بالتوريث بالرحم إذا لم نقل به نحن ، وعلى هذا هل يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا ، لاعتقاد نفسه ؟ وجهان أصحهما الثاني . ومن قال بالمنع ، فقد يقول لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً .

فرع

هل تقبل شهادته بما لا يعتقده كشافعي بشفعة الجوار ؟ وجهان في « التهذيب » .

قلت : الأصح القبول . والله أعلم

فرع

قال للقاضي رجلان : كانت بيننا خصومة في كذا ، فحكم القاضي فلان بيننا بكذا ، ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهادك ، ونرضى بحكمك ، فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول ، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد ؟ وجهان ، حكاهما ابن كج ، الصحيح الثاني .

فصل

في آداب منثورة . يستحب أن يدعو أصدقاءه الأمناء ، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها ، ويستحب أن يكون راكباً في مسيره إلى مجلس حكمه ، وأن يسلم على الناس في طريقه ، وعلى القوم إذا دخل ، وأن يدعو إذا جلس ، ويسأل الله تعالى التوفيق والتسديد ، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي هل من خصم ؟ ويرتب الناس ، ويقدم الأول فالأول قال ابن المنذر : يستحب أن يكون حصيناً لمكان النساء ، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس ودعاويهم ، وأن يعين وقتاً من النهار ، فإن حضر خصمان في غير الوقت المعين ، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة ، أو حمام ، أو على

طعام ونحوه ، فيؤخره قدر ما يفرغ • ويستحب أن يكون للقاضي درة يؤدب بها إذا احتاج ، ويتخذ سجنا للحاجة إليه في التعزير ، واستيفاء الحق من المماطل • وهذه فروع تتعلق بالحبس قال ابن القاص : إذا استشعر القاضي من المحبوس الفرار من الحبس ، فله نقله إلى حبس الجرائم ، ولو دعا المحبوس زوجته أو أمته إلى فراشه فيه ، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت ، أجبرت الأمة ، ولا تجبر الزوجة الحرة ، لأنه لايصلح للسكنى ، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها • ولو قال مستحق الدين : أنا ألازمه بدلاً عن الحبس ، مكن، لأنه أخف إلا أن يقول الغريم : تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته ، فاحبسني ، فيحبس • وسبق الخلاف في أن الأب هل يحبس بدين ولده ، وقياس حبسه أن يحبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل منعاً لهم من الظلم • وعن أبي عاصم العبادي أنهم لايحبسون ، بل يوكل بهم ليترددوا ويتمحلوا ، قال : ولا يحبس أبو الطفل ولا الوكيل والقيم في دين لم[1] يجب بمعاملتهم[2] ، ولا يحبس الصبي ولا المجنون، ولا المكاتب بالنجوم ، ولا العبد الجاني ، ولا سيده ليؤدي أو يبيع ، بل يباع عليه إذا وجد راغب ، وامتنع من البيع والفداء ، ونقل الهروي وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله ، وتمكنا من بيعه • وأجرة السجان على المحبوس وأجرة الوكيل[3] على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال ، وصرف إلى جهة أهم من هذه •

قلت : وقد ألحقت في كتاب التفليس مسائل كثيرة تتعلق بالحبس • **والله أعلم**

---

(١) في الأصل : لا .

(٢) في احدى نسخ الظاهرية زيادة : ويحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم .

(٣) في الأصل : الموكل .

الطرف الثاني في مستند قضائه ، وفيه مسائل إحداها : يقضي بالحجة بلا شك ، فلو لم يكن حجة ، وعلم صدق المدعي ، فهل يقضي بعلمه ؟ طريقان أحدهما : نعم قطعاً ، وأشهرهما قولان ، أظهرهما عند الجمهور : نعم ، لأنه يقضي بشهادة شاهدين ، وهو يفيد ظناً ، فالقضاء بالعلم أولى ، والجواب عما احتج به المانع من التهمة أن القاضي لو قال : ثبت عندي وصح [لدي] كذا ، لزمه قبوله بلا خلاف ، ولم يبحث عما ثبت به وصح ، والتهمة قائمة ، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها ، وما علمه في غيرهما ، فإن قلنا : لايقضي بعلمه ، فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم ، أما إذا شهد رجلان تعرف عدالتهما ، فله أن يقضي ويغنيه[1] علمه بها عن تزكيتهما ، وفيه وجه ضعيف للتهمة . ولو أقر بالمدعى في مجلس قضائه ، قضى ، وذلك قضاء بإقرار لابعلمه ، وإن أقر عنده سراً ، فعلى القولين ، وقيل : يقضي قطعاً .ولو شهد عنده واحد ، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر على قول المنع ؟ وجهان ، أصحهما : لا . وإذا قلنا : يقضي بعلمه ، فذلك في المال قطعاً وكذا في القصاص ، وحد القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب ، وقيل : قولان ، ولا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف . بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما ادعاه ، وأقام به بينة ، أو أن المدعي قبله حي ، أو رآه قبله غير المدعى عليه ، أو سمع مدعي الرق بعتقه . ومدعي النكاح يطلقها ثلاثاً ، وتحقق كذب الشهود ، امتنع من القضاء قطعاً . وكذا إذا علم فسق الشهود ، ثم إن الأصحاب مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما ادعى عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك ، أو سمع المدعى عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن

---

(١) في الأصل : ونعنيه .

رؤية الإقراض ، وسماع الإقرار لايفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين .

الثانية : إذا رأى القاضي ورقة فيها ذكر حكمه لرجل ، وطلب منه إمضاءه والعمل به ، نظر إن تذكره أمضاه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفي أمالي أبي الفرج الزاز إنه على القولين في القضاء بعلمه، وإن لم يتذكره، لم يعتمده قطعاً لإمكان التزوير، وكذا الشاهد لايشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظاً عنده ، وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي على ما سبق ، فالصحيح والمنصوص والذي عليه الجمهور أنه لايقضي به أيضاً مالم يتذكر ، لاحتمال التحريف ، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لايشهد ، وفيهما وجه حكاه الشيخ أبو محمد وغيره أنه يجوز إذا لم يتداخله ريبة . وفي جواز رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده وجهان ، أحدهما : المنع ، ولا تكفيه رواية السماع بخطه ، أو خط ثقة ، والصحيح الجواز ، لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً، وباب الرواية على التوسعة ، ولو كتب إليه شيخ بالإجازة ، وعرف خطه، جاز له أن يروي عنه تفريعاً على اعتماد الخط ، فيقول : أخبرني فلان كتابة ، أو في كتابه ، أو كتب إلي وهذا على تجويز الرواية بالإجازة وهو الصحيح ، ومنعها القاضي حسين .

قلت : وقد منعها أيضاً الماوردي في « الحاوي » ونقل هو منعها عن الفقهاء ، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ، ولكن أظهر قوليه ، والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازة، وجواز الرواية بها ، ووجوب العمل بها . ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في « الإرشاد » في مختصر علوم الحديث ، وأنا أذكر منها هنا رموزاً إلى مقاصدها تفريعاً على الصحيح،

وهو جوازها. الأول : إجازة معين لمعين، كأجزتك رواية صحيح البخاري، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها .

الثاني : إجازة غير معين لمعين ، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول ، فتصح الرواية به ، ويجب العمل بها ، وقيل بمنعه مع قبول الأول .

الثالث : أن يجيز لغير معين بوصف العموم ، كأجزت المسلمين ، أوكل أحد أو من أدرك زماني ونحوه ، فالأصح أيضاً جوازها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا ، وغيرهم من الحفاظ . ونقل الحافظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها .

الرابع : إجازة مجهول أو لمجهول ، كأجزتك كتاب السنن وهو يروي كتبا من السنن ، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك ، فهذه باطلة . فإن أجاز لمسمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم ، صحت ، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال .

الخامس : الإجازة لمعدوم ، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان ، ومن يولد له ، فالصحيح بطلانها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، وجوزه الخطيب وغيره . والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة .

السادس : إجازة ما لم يسمعه المجيز ، ولم يتحمله بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز ، وهي باطلة قطعاً .

السابع : إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا ، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام[1] من أصحابنا وغيرهم ، منهم الدارقطني

---

(١) في الأصل : للأعلام .

وأبو نعيم الأصفهاني ، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي[1] وغيرهم من أصحابنا . وإذا كتب الإجازة استحب أن يتلفظ بها ، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة ، صحت كالقراءة عليه مع سكوته . والله أعلم

فرع

إذا رأى بخط أبيه أن لي على فلان كذا ، أو أديت إلى فلان كذا ، قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتماداً على خط أبيه إذا وثق بخطه وأمانته . قال القفال : وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة : لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة ، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام ، ولأنهما يتعلقان به ، ويمكن التذكر فيهما ، وخط المورث لايتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا ، أو أديت إلى فلان دينه ، لم يجز الحلف حتى يتذكر قاله في « الشامل » .

فرع

قال الصيمري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة ، ليستعين بها على التذكر ، ويقرب من هذا ذكر التاريخ ، وموضع التحمل ، ومن كان معه حينئذ ، ونحو ذلك .

الثالثة : شهد عنده عدلان أنك حكمت لزيد بكذا ، وهو لا يذكره ، لم يحكم بقولهما إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى ، وعن ابن القاضي تخريج قول : انه يمضي الحكم الأول بشهادتهما ، والمذهب الأول ، ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا ، ولم يتذكر ، لم

---

(١) هو نصر بن إبراهيم النابلسي المقدسي ، الشافعي الفقيه الزاهد نزيل دمشق . و لمتوفى فيها سنة (٤٩٠) هـ من كتبه « الحجة على تارك المحجة » وهو يتضمن ذكر أصول الدين على قواعد أهل الحديث والسنة.

يجز أن يشهد ، وهذا بخلاف رواية الحديث ، فإن الراوي لو نسي ، جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح ، وفيها وجه حكاه ابن كج وعلى الصحيح الفرق ما سبق أن باب الرواية على التوسعة ، ولهذا يقبل من العبد والمرأة ، ومن الفرع مع وجود الأصل وغير ذلك وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف ، ولا يقول : لم أحكم . وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لايعرف حكم القاضي[1] ؟ قال صاحب « التهذيب » : يحتمل وجهين . ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما ، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت بينة بأن الأول أنكر حكمه ، وكذبهما ، فإن قامت بينة بأنه توقف ، فوجهان ، أوفقهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما ، وقال الأودني[2] وصاحب « المهذب » : لاتقبل ، لأن توقفه يورث تهمة وعلى هذا لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة ، لم يجز الحكم بشهادة الفروع .

الرابعة : ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا . قال الأصحاب : ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر ، ويحلفه كمالا يحلف الشاهد إذا أنكر الشهادة . وعن القاضي حسين أنا إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار ، فله تحليفه ليحلف المدعي إن نكل هذا إذا ادعى عليه وهو قاض ، فإن ادعى عليه بعد عزله ، أو في غير محل ولايته عند قاض ، فنقل الإمام أنه يجوز سماع البينة ، ولا يقبل إقراره . ولا يحلف إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار ، وإن قلنا : كالبينة ، حلف ، ولك أن تقول : سماع الدعوى على القاضي معزولاً ، كان أو غيره بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة ، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم ، فإن كان له بينة

---

(١) في الأصل : للقاضي .

(٢) هو محمد بن عبد الله بن بصير إمام أصحاب الشافعي في عصره بما وراء النهر بلا مدافعة توفي ببخارى سنة ٣٨٥ هـ .

فليقمها في وجه الخصم ، وينبغي أن لايسمع على القاضي بينة ، ولا يطالب بيمين ، كما لو ادعى على رجل أنك شاهدي .

الطرف الثالث في التسوية وفيه مسائل :

الأولى : ليسوِ القاضي بين الخصمين في دخولهما عليه ، وفي القيام لهما ، والنظر فيهما والاستماع ، وطلاقة الوجه ، وسائر أنواع الإكرام ، فلا يخص أحدهما بشيء من ذلك ، ويسوي في جواب سلامهما ، فإن سلما ، أجابهما معاً ، وإن سلم أحدهما ، قال الأصحاب : يصبر حتى يسلم الآخر ، فيجيبهما ، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل ، وذكروا أنه لا بأس أن يقول للآخر : سلم ، فإذا سلم ، أجابهما ، وكأنهم احتملوا هذا الفصل محافظة على التسوية ، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً واستبعده . ويسوي بينهما في المجلس ، فيجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن شماله إن كانا شريفين ، أو بين يديه وهو الأولى على الإطلاق ، فلو كان أحدهما مسلماً ، والآخر كافراً ، فالصحيح ــ وبه قطع العراقيون ــ أنه يرفع المسلم في المجلس ، والثاني يسوي . ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام ، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب .

الثانية : ليقبل عليهما بمجامع قلبه ، وعليه السكينة ، ولا يمازح أحدهما ، ولا يضاحكه ، ولا يشير إليه ، ولا يساره ، ولا ينهرهما ، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعلا مايقتضي التأديب ، ولا يتعنت الشهود بأن يقول : لم تشهدون ؟ وما هذه الشهادة ؟ ولا يلقن المدعي الدعوى بأن يقول : ادع عليه كذا ، ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار ، ولا يجري المسائل إلى النكول على اليمين ، وكذا لايلقن الشاهد الشهادة ، ولا يجرئه إذا مال إلى التوقف ، ولا يشككه ، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الآدميين ، وأما في حدود الله تعالى ، فالقاضي

يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه ، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة ، قال الاصطخري : يجوز أن تبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز . وتعريف الشاهد كيفية أداءالشهادة على هذين الوجهين قال في « العدة » : أصحهما الجواز ، ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم . فيقول : أهي صحاح أم مكسورة ؟ ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه ، ويقول : قامت البينة عليك بكذا ، ورأيت الحكم عليك ليكون أطيب لقلبه ، وأبعد عن التهمة ، ونص في « الأم » أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما ، فجعلاه في حل من التأخير . فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر .

الثالثة : إذا جلسا بين يديه . فله أن يسكت حتى يتكلما ، وله أن يقول : ليتكلم المدعي منكما . وأن يقول للمدعي إذا عرفه : تكلم ، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه ، كان أولى ، فإذا ادعى المدعي . طالب خصمه بالجواب . وقال : ماتقول ؟ وفيه وجه ضعيف أنه لايطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي . ثم ينظر في الجواب إن أقر بالمدعى ، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه ، وحينئذ يحكم ، بأن يقول له : اخرج من حقه ، أو كلفتك الخروج من حقه ، أو ألزمتك وما أشبههما . وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار ، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي ؟ وجهان أحدهما : يفتقر كالثبوت بالبينة ، وأصحهما لا ، لأن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية ، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد هكذا ذكرت المسألة . ولا يظهر الخلاف فيها ، لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه ، فمعلوم لأنه لايتوقف على الإقرار ، فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام ، فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار وللقاضي الإلزام ، وإن أنكر المدعى عليه ، فللقاضي أن يسكت ، وله أن يقول للمدعي : ألك بينة ،

وقيل :لايقول ذلك ، لأنه كالتلقين[1] والصحيح الأول ، فإن قال المدعي: لي بينة ، وأقامها ، فذاك ، وإن قال : لا أقيمها ، وأريد يمينه ، مكن منه، وإن قال : ليس لي بينة حاضرة فحلف القاضي المدعى عليه ثم جاءببينة سمعت ، وإنقال:لابينة لي حاضرة ، ولاغائبة، سمعت أيضاًعلى الأصح، لأنه ربما لم يعرف ، أو نسي ، ثم عرف أو تذكر ، وقيل : لا يسمع للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ، ككنت ناسياً أو جاهلاً • ولو قال : لابينة لي ، واقتصر عليه ، فقال البغوي : هو كقوله لابينة لي حاضرة ، وقيل : كقوله لا حاضرة ولا غائبة . فيكون فيه الوجهان ، ولو قال : شهودي عبيد أو فسقة ، ثم أتى بعدول . قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء •

فرع

حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين المردودة . أم لابد من حكم الحاكم . أو أشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالإقرار ؟ •

الرابعة : إذا ازدحم جماعة مدعين ، فإن عرف السبق ، قدم الأسبق فالأسبق ، والاعتبار سبق المدعي دون المدعى عليه ، وإنجاؤوا معاً ، أو جهل السبق ، أقرع ، فإنكثروا وعسر الإقراع ، كتبأسماءهم في رقاع ، وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة واحدة ، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة ، ويستحب أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه ليعرف ترتيبهم ، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه، جاز ، والمفتي والمدرس يقدمان عند الازدحام أيضاً بالسبق أو بالقرعة . ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية ، فالاختيار إليه في تقديم من شاء • ولا يقدم القاضي مدعياً بشرف ولا غيره إلا في موضعين ،

(١) في الأصل : كالتلف .

أحدهما : إذا كان في المدعين مسافرون مستوفزون وقد شدوا الرحال ، ليخرجوا ولو[1] أخروا ، لتخلفوا عن رفقتهم ، فإن قلوا ، قدموا على الصحيح ، وإلا فلا ، بل يعتبر السبق بالقرعة . والثاني لو كان في الحاضرين نسوة ، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن ، قدمهن على الصحيح بشرط أن لايكثرن . وينبغي أن لا يفرق[2] بين أن يكون المسافر والمرأة مدعياً ، أو مدعى عليه . ثم تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح ، بل هو رخصة لجواز الأخذ به ، وهذا ظاهر نصه في « المختصر » ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق .

قلت : المختار أنه مستحب لايقتصر به على الإباحة . والله أعلم

ثم لايخفى أن المراد تقديم المسافر على المقيمين ، والمرأة على الرجال ، فأما المسافرون بعضهم مع بعض ، وكذا النسوة ، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة .

فرع

المقدم بالسبق أو القرعة لايقدم إلا في دعوى واحدة ، لئلايطول على الباقين ، فإن كان له دعوى أخرى ، فليحضر في مجلس آخر ، أو ينتظر فراغ القاضي من حكومات سائر الحاضرين ، وحينئذ تسمع دعواه الثانية إن لم يضجر القاضي ، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو على غيره ، وفيه وجه ضعيف أن الزيادة على الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه ، وعلى هذا قال في « الوسيط » : تسمع إلى ثلاث دعاوى ، ومنهم من

---

(١) في الأصل : أو .
(٢) في الأصل : لافرق .

أطلق ، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث ، لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد ، ونقل ابن كج هنا وجهين غريبين ضعيفين أحدهما : أن المقدم بدعوى لاتسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر ، وإن فرغ القاضي من دعاوى الحاضرين ، وعليهم بعد ذلك ترفيهه • الثاني : لايسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد • وأما المقدم بالسفر ، فيحتمل أن لا يقدم إلا بدعوى ، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه ، لأن سبب تقديمه أن لايتخلف عن رفقته ، ويحتمل أن يقال : إذا عرف أن له دعاوى ، فهو كالمقيمين ، لأن تقديمه بالجميع يضر غيره، وتقديمه بدعوى لايحصل الغرض •

قلت : الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة ، أو ضعيفة بحيث لايضر بالباقين إضراراً بيناً . قدم بجميعها . وإلا فيقدم بواحدة ، لأنها مأذون فيها ، وقد يقنع بواحدة . ويؤخر الباقي إلى أن يخصه • والله أعلم

الخامسة : تنازع الخصمان ، وزعم كل واحد أنه هو المدعي ، نظر إن سبق أحدهما إلى الدعوى ، لم يلتفت إلى قول الآخر : إني كنت المدعي ، بل عليه أن يجيب ثم يدعي إن شاء • وإن لم يسبق وتنازعا، سأل العون ، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه ، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه ، وإن استوى الطرفان ، أقرع ، فمن خرجت قرعته ادعى ، وقيل : يقدم القاضي أحدهما باجتهاده •

السادسة : قد سبق في باب الوليمة الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أم مستحبة ؟ وذلك في غير القاضي • أما القاضي ، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهما ولا وليمتهما ، لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه ، فيميل [إليه] قلبه ، وأما وليمة غير الخصمين ، فثلاثة أوجه ، أحدها : تحرم عليه الإجابة إليها ، والثاني : تجب إذا أوجبناها على غيره . والثالث وهو الصحيح : لاتحرم ولا تجب ، بل تستحب بشرط التعميم ، فإن كثرت وقطعته عن الحكم ، تركها في حق

الجميع ، ولا يخص بعض الناس ، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمة ، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا بأس بالاستمرار ، وتكره إجابته إلى دعوة اتخذت لأجل القاضي خاصة أو للأغنياء ودعي فيهم ، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو منهم ، أو للعلماء ودعي فيهم • واعلم أن إجابة غير وليمة العرس من الدعوات مستحبة ، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب فيحق القاضي أيضاً . وإن كان الاستحباب في الوليمة آكد ، ومنهم من خص الاستحباب بالوليمة ، وبه قال ابن القاص •

فرع

لايضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ويجوز أن يضيفهما معاً على الصحيح ، ومنعه أبو إسحاق ، لأنه قد يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيافة صاحبه ، وأنه تبع ، وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية •

السابعة : له أن يشفع لأحدهما ، وأن يؤدي المال عمن عليه ، لأنه ينفعهما •

الثامنة : يعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويزور القادمين ، وإذا لم يمكنه الاستيعاب ، فعل الممكن من كل نوع ، ويخص به من عرفه ، وقرب منه • قال القاضي أبو حامد : هو كإجابة الوليمة يعم الجميع أو يترك الجميع ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، لأن معظم المراد بهذه الأنواع الثواب ، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما هكذا قاله الأكثرون • وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم ولا يزوره إذا قدم ، لكن يشهد جنازته •

الطرف الرابع في البحث عن حال الشهود وتزكيتهم وفيه مسائل:

الأولى : لايجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لايقبل شهادة غيرهم ، لما فيه من التضييق على الناس .

الثانية : إذا شهد عنده شهود ، نظر إن عرف فسقهم ، ردشهادتهم ، ولم يحتج إلى بحث ، وإن عرف عدالتهم ، قبل شهادتهم ، ولاحاجة إلى التعديل ، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم ، وإن لم يعرف حالهم ، لم يجز قبول شهادتهم ، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل ، سواء طعن الخصم فيهم ، أو سكت ولو أقر الخصم بعدالتهما ، ولكن قال : أخطأ[1] في هذه الشهادة ، فوجهان ، أحدهما: يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما ، لأن البحث لحقه ، وقد اعترف بعدالتهما ، وأصحهما لابد من البحث والتعديل لحق الله تعالى ، ولهذا لايجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم ، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله ، والتعديل لايثبت بقول واحد . وإن صدقهما فيما شهدا به ، قضى القاضي بإقراره بالحق . واستغنى عن البحث عن حالهما ، وكذا لو شهد واحد فصدقه ، ولو شهد معلوما العدالة ، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي ، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة أم إليهما جميعاً ؟ وجهان حكاهما الهروي ، قال : والصحيح منهما الأول . والثاني حكاه الفوراني في المناظرة ، وذكر الهروي أنه لو بعد الحكم بشهادتهما ، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة ، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله[2] ، وفيما قبل التسليم وجه ضعيف ، وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة ماتشهد به علي فأنت عدل صادق ، لم يكن ذلك إقراراً ، لكنه تعديل للشاهد إن كان من أهل التعديل .

---

(١) في الاصل : أخطؤوا .
(٢) في الأصل : قبل .

فرع

إذا جهل القاضي إسلام الشاهد ، لم يقنع بظاهر الدار ، بل يبحث عنه . ويكفي فيه قول الشاهد . ولو جهل حريته بحث أيضاً ، ولا يكفي فيه قوله على الأصح ، لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام ، وحكى ابن كج وجهاً أن الاستزكاء لا يجب مطلقاً إلا إذا طلبه الخصم وليس بشيء .

فرع

قال في « العدة » : إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس ، فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، ويجعل المستفيض كالمعلوم .

الثالثة : ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل ، فالمزكون [هم] المرجوع إليهم ليبينوا حال الشهود ، وأصحاب المسائل هم الذين يبعثهم الى المزكين ، ليبحثوا ويسألوا ، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين ، ثم المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان ، أحدهما : من نصبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقاً أو في واقعة خاصة ، فيسمع الشهادة عليهما ، وما ثبت عنده أنهاه إلى القاضي . والثاني من يشهد بالعدالة أو الفسق ، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة ، ومنهم من يشهد على شهادة غيره ، والأول قد يعرف الحال فيشهد ، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه ، ليعرف إفلاسه فيشهد ، وأما الثاني ، فهو شاهد فرع ، والقياس أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل ، أو تعذر حضوره ، وكذا ذكره الهروي ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما ينازع فيه . وإذا أراد الحاكم البحث عن حال الشهود ، كتب اسم الشاهد ، وكنيته إن اشتهر بها ، وولاءه إن كان عليه ولاء ، واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده ، لئلا يشتبه بغيره ،

فإن كان مشهوداً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، كفى ، ويكتب أيضاً اسم المشهود له ، والمشهود عليه ، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له ، أو عليه من قرابة أو عداوة . وفي قدر المال وجهان أحدهما: لا يكتبه ، لأن العدالة لاتتجزأ ، والصحيح المنصوص أنه يذكره ، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير ، وأما دعوى الأول أن العدالة لا تتجزأ ، فقد حكى أبو العباس الروياني في ذلك وجهين ، وبنى عليهما أنه لو عدل ، وقد شهد بمال قليل ، ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تزكية ويكتب إلى كل مزك كتاباً ، ويدفعه إلى صاحب مسألة ، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطاً ، ثم إذا وقف القاضي على ماعند المزكين، فإن كان جرحاً لم يظهره ، وقال للمدعي : زدني في الشهود ، وإن كان تعديلاً ، عمل بمقتضاه ، ثم حكى الأصحاب والحالة هذه وجهين في أن الحكم بقول المزكين ، أم بقول أصحاب المسائل ؟ قال أبو إسحاق : بقول المزكين ، لأن أصحاب المسائل شهود على شهادة ، فكيف تقبل مع حضور الأصل ؟! وإنما هم رسل وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً ، فإن عاد بالجرح ، توقف القاضي ، وإن عاد بالتعديل ، دعا مزكيين ليشهدا عنده بعدالة الشاهد ، ويشيرا إليه ، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص . قال الاصطخري : إنما يحكم بقول أصحاب المسائل ، ويبنى على ماثبت عندهم بقول المزكين . قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة ، لأن المزكي لايكلف الحضور ، وقول الاصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب وغيرهما . قالوا : وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل ، فإن وصفاه بالفسق ، فعلى ما سبق ، وإن وصفاه بالعدالة أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته ، ويشيرا إليه[1]

(١) في الأصل : أحضر الشاهدين ، ليشهد بعدالته ويشير إليه .

وإذا تأملت كلام الأصحاب ، فقد تقول : ينبغي أن لايكون في هذا خلاف محقق ، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل ، فحكم القاضي مبني على قوله ، ولا يعتبر العدد ؛ لأنه حاكم ، وإن أمره بالبحث ، بحث ووقف على حال الشاهد ، وشهد بما وقف عليه ، فالحكم أيضاً مبني على قوله ، لكن يعتبر العدد ، لأنه شاهد ، وإن أمره بمراجعة مزكيين ، فصاعداً وبأن يعلمه بما عندهما ، فهو رسول محض ، والاعتماد على قولهما فليحضرا ويشهدا . وكذا لو شهد على شهادتهما ، لأن الشاهد الفرع لايقبل مع حضور الأصل .

فرع

من نصب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة ، ومن شهر بالعدالة أو الفسق ، اشترط فيه صفات الشهود ، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما ، وأن يكون المعدل خبيراً بباطن حال من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة ونحوها ، قال في « الوسيط » : ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عادته أنه لايزكي إلا بعد الخبرة ؛ ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة ، لأنه لايمكن الاختبار في يوم أو يومين ، ويشبه أن يقال : شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم في المعرفة الباطنة . ويمكن الاختبار في مدة يسيرة ، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط ، بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لاتحصل إلا بذلك ، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث ، ليعرف حال الشاهد فيزكيه ، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة، وتضرر المتداعيان بالتأخير الطويل . أما الجرح ، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع ، فالمعاينة أن يراه يزني أن يشرب الخمر ، والسماع بأن يسمعه يقذف ، أو يقر على نفسه بزنا أو شرب خمر ، فإن سمع من

غيره ، نظر إن بلغ المخبرون حد التواتر جاز الجرح لحصول العلم ، وكذا إن لم يبلغ التواتر ، لكن استفاض ، جاز الجرح أيضاً ، صرح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما • ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير ، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة ، وذكر البغوي تفريعاً على قول الاصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه ، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه ؟ وجهان أحدهما : نعم ، فيقول مثلاً : رأيته يزني ، وسمعته يقذف • وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي • والثاني ــ هو المذكور في «الشامل» ــ : لاحاجة إليه ، وليس للحاكم أن يقول : من أين عرفت حاله ، وعلى أي شيء بنيت شهادتك ؟ كما في سائر الشهادات ، وهذا أقيس ويحكى عن ابن أبي هريرة ، والأول أشهر • ولا يجعل الجارح بذكر الزنى قاذفا للحاجة ، كما لايجعل الشاهد قاذفاً ، فإن لم يوافقه غيره ، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى هل يجعلون قذفة ؟ فيه القولان •

قلت : المختار أو الصواب أنه لايجعل قاذفاً ، وإن لم يوافقه غيره ، لأنه معذور في شهادته بالجرح ، فإنه مسؤول عنهما وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة[٢] فهو معذور بخلاف شهود الزنى ، فإنهم مندوبون إلى الستر ، فهم مقصرون • والله أعلم

ولو أخبره بعدالته من يحصل بخبره الاستفاضة وهم من أهل الخبرة بباطن من يعدلون ، لم يبعد أن يجوز له تعديله بذلك ، وتقام خبرتهم مقام خبرته ، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته •

---

(١) في الأصل : فإنها .
(٢) في الأصل : معينة .

فرع

وينبغي أن يكون المزكون وافري العقول لئلا يخدعوا[1] وبرآء من الشحناء والعصبية في النسب والمذهب ويجتهد في إخفاء أمرهم لئلا يشهروا[2] في الناس بالتزكية ، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي ؟ وجهان أصحهما : نعم فيقول : أشهد أنه عدل •

فرع

لايجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر ، وفيه وجه ضعيف • وعن كتاب حرملة أنه لو شهد اثنان، وعدلهما آخران لايعرفهما القاضي، وزكى الآخرين مزكيان للقاضي ، جاز • ولو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح ، وبه قطع العبادي وغيره •

فرع

لاتثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح ، لأن الخط لايعتمد في الشهادة كما سبق ، وجوزه القاضي حسين للاعتماد على الرقعة ، قال في « الوسيط » تفريعاً على الأول : يكفي رسولان مع الرقعة ، وأن الصحيح وجوب المشافهة وهذا ظاهر إن [كان] القاضي يحكم بشهادة المزكين ، فأما ان ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح ، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي ، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي •

فرع

لايقبل الجرح المطلق ، بل لابد من بيان سببه ، ولاحاجة إلى بيان سبب التعديل ، لأن أسبابه غير منحصرة ، وفيه وجه ضعيف حكاه في

(١) في الاصل : يخدعوه .
(٢) في الأصل : يشهدوا .

العدة ، وليس بشيء والأصح أنه يكفي أن يقول : هو عدل • وقيل : يشترط أن يقول : عدل علي ولي ، وهو ظاهر نصه في « الأم » و « المختصر » لكن تأوله الأولون أو جعلوه تأكيداً لاشرطاً • ولا يحصل التعديل بقوله : لا أعلم منه إلا خيراً ، أولا أعلم [منه] ما ترد به الشهادة •

المسألة الرابعة : إذا ارتاب القاضي بالشهود ، أو توهم غلطهم لخفة عقل وجدها فيهم ، فينبغي أن يفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً وغدوة أو عشية ، ومكان محلة وسكة ، ودار وصفة ، ويسأل أتحمل وحده أم مع غيره وأنه كتب شهادته أم لا ، وأنه كتب قبل فلان أم بعده ، وكتبوا بحبر أم بمداد ونحو ذلك ، ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم ، ويقف إن لم تنفق•وإذا أجابه أحدهم ، لم يدعه يرجع إلى الباقين حتى يسألهم القاضي لئلا يخبرهم بجوابه ومتى اتفقوا على الجواب ، أو لم يتعرضوا للتفصيل ، ورأى أن يعظهم ، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور ، فعل ، فإن أصروا ، وجب القضاء إذا وجد شروطه ، ولا عبرة بما يبقى من ريبة ، وإن لم يجد فيهم خفة ولا ريبة ، فالصحيح الذي عليه الجمهور أنه لايفرقهم . لأن فيه غضاً منهم • وقال الروياني : يفرقهم ، وقال البغوي : إن فرقهم بمسألة الخصم ، فلا بأس ، ثم إن التفريق والاستفصال[1] جعله الغزالي بعد التزكية ، والصحيح الذي علله العراقيون وغيرهم أنه قبل الاستزكاء ، فإن اطلع على عورة ، استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم ، وإن لم يطلع ، فإن عرفهم بالعدالة ، حكم ، وإلا فحينئذ يستزكي ، وهل هذا التفريق والاستفصال واجب أم مستحب ؟ فيه أوجه الصحيح الذي ذكره ابن كج والبغوي ، وعامة الأصحاب وهو الموافق للفظ « المختصر » أنه مستحب والثاني واجب،

---

(١) في الأصل : الاستقلال .

قاله الإمام والغزالي . قالا : ولو تركه وقضى مع الارتياب ، لم ينفذ . والثالث : إن سأل الخصم وجب ، وإلا فلا .

الخامسة : تقدم بينة الجرح على بينة التعديل ، لزيادة علم الجارح. فلو انعكس الأمر بأن قال المعدل : قد عرفت السبب الذي ذكره الجارح ، لكنه تاب منه ، وحسنت حاله ، قدمت بينة التعديل ، لأن مع المعدل هنا زيادة علم ، كذا ذكره جماعة ، منهم صاحب « الشامل » وقول الواحد لا يقبل في الجرح فضلاً عن تقديمه .

السادسة : عدل الشاهد ، ثم شهد في واقعة أخرى ، فإن لم يطل الزمان ، حكم بشهادته ، ولا يطلب تعديله ثانياً ، وإن طال ، فوجهان ، أصحهما يطلب تعديله ثانياً ، لأن طول الزمان يغير الأحوال ، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره .

السابعة : شهادات المسافرين والمجتازين من القوافل ، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل ، فإن عدلهما مزكيان في البلد ، أو عدل[1] مزكيان اثنين من القافلة ، ثم هما عدلا الشاهدين ، قبلت شهادتهما وإلا فلا .

الثامنة : سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته ، فعدلوا ، ثم عاد إلى محل ولايته ، قال ابن القاص[2] : له الحكم بشهادتهم إن جوزنا القضاء بالعلم ، وخالفه أبو عاصم وآخرون ، وقالوا : القياس منعه ، كما لو سمع البينة خارج ولايته .

التاسعة : عدل شاهد ، والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع ، قال الإمام : الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي .

العاشرة : تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق ، لأن البحث عن حال الشهود ، ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى .

---

(١) في الأصل : عدلا .
(٢) في الأصل : ابن كج القاضي .

هو جائز في الجملة ، وحكى صاحب « التقريب » قولاً عن رواية حرملة أنه لايجوز إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر ، والمشهور الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وفي الباب أطراف :

الأول : في الدعوى ، ويشترط في الدعوى على الغائب مايشترط فيها على الحاضر[1] من بيان المدعى وقدره وصفته وقوله : إني مطالب بالمال . ولا يكفي الاقتصار على قوله : لي عليك كذا[2] ويشترط أن يكون للمدعي بينة وإلا فلا فائدة ، وأن يدعي جحوده ، فإن قال : هو مقر لم تسمع بينته ولغت دعواه ، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره ، فهل تسمع بينته ؟ وجهان أصحهما : نعم لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ، ويحتاج إلى الإثبات ، فجعلت الغيبة كالسكوت . وفي فتاوى القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر ، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي تسمع بينته ويوفيه[3] ، سواء قال : هو مقر . أو جاحد ، وهل على القاضي لسماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً ينكر على الغائب ؟ وجهان أحدهما : نعم لتكون البينة على إنكار منكر ، وأصحهما ما ذكره البغوي ، لأن الغائب قد يكون مقراً ، فيكون إنكار المسخر كذباً . ومقتضى هذا التوجيه أن لايجوز نصب المسخر ، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب وإلا فلا .

---

(١) في الأصل : الحاضرين .

(٢) في نسخ الظاهرية : لي عليه كذا .

(٣) في الأصل : يوفيه .

الطرف الثاني : في التحليف ، فيحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ، ولا من شيء منه ، ولا اعتاض ولا استوفى ، ولا أحال عليه هو ، ولا أخذ من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أداؤه ، ويجوز أن يقتصر ، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ، ووجوب تسليمه . وكذا يحلف مع البينة [الوارث] إذا كان المدعى عليه صبياً أو مجنوناً أو ميتاً ليس له وارث حاضر ، فإن كان حلف بسؤال الوارث ، وحكى أبو الحسين الطرسوسي من أصحابنا قولاً أنه لايحلف في الدعوى مع البينة وهو مذهب المزني ، والمشهور الأول ، لكن هذا التحليف واجب أم مستحب؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الوجوب ، ومنهم من قطع به . ومن قال بالاستحباب قال : لأن تدارك التحليف باق ، والوجوب في الميت والصبي والمجنون أولى لعجزهم عن التدارك ، لكن الخلاف مطرد فيهم، حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة ، وبنى على هذا مالو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل ، فإن أوجبنا التحليف ، انتظرنا حتى يبلغ المدعى له ، فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب ، قضى بها ، ولا يشترطُ في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد ، لأن البينة هنا كاملة وقيل : يشترط .

إذا لم يدع بنفسه ، بل ادعى وكيله على غائب لايحلف ، بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال ، ولو كان المدعى عليه حاضراً، وقال للمدعي بالوكالة بعد أن أقام البينة عليه : أبرأني موكلك الغائب ، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل ، فيحلف ، لم يمكن منه ، بل عليه تسليم الحق ، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة ، وكذا لو ادعى ولي الصبي ديناً للصبي ، فقال المدعى عليه : إنه أتلف علي من

جنس ما تدعيه قدر دينه لم ينفعه[1] بل عليه أداء ما أثبته الولي ، فإذا بلغ الصبي ، حلفه . ولو قال المدعى عليه في مسألة التوكيل : أبرأني موكلك الغائب ، فاحلف أنك لاتعلم ذلك ، قال الشيخ أبو حامد : له تحليفه على نفي العلم ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل ولك أن تقول : مقتضى ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطة نيابة عن المدعى عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه .

فرع

يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان إحداهما لتكمل الحجة ، والثاني لنفي المسقطات وجهان أصحهما الثاني .

فرع

تعلق برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب . ولي عليه كذا ، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ، فإن علم أنه وكيل ، وأراد أن لا يخاصم ، فليعزل نفسه . وإن لم يعلم . فينبغي أن يقول : لا أعلم أني وكيل ولا يقول : لست بوكيل فيكون مكذباً لبينة[2] قد تقوم بالوكالة ، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به ؟ وجهان أحدهما : نعم ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة ، وليكون القضاء مجمعاً عليه ، وأصحهما : لا ، لأن الوكالة حق له ، فكيف يقام بينة بها قبل دعواه .

---

(١) في الأصل : لم ينفذ .

(٢) في الأصل : فيكون هكذا بالبينة .

الطرف الثالث في كتاب القاضي إلى القاضي ، فالقاضي بعد سماع الدعوى والبينة على الغائب قد يقتصر عليه ، وينهي الأمر إلى قاضي بلد الغائب ليحكم ويستوفي . وقد يحلفه كما سبق ، ويحكم وعلى التقدير الثاني قد يكون للغائب مال حاضر يمكن أداء الحق منه فيؤدى ، وقد لايكون كذلك . فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب ، فيجيبه إليه•وللإنهاء طريقان ، أحدهما:أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد . والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً ، ثم يشهد ، وصورة الكتاب : حضر فلان ، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا ، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان ، وقد عدلا عندي ، وحلفت المدعي . وحكمت له بالمال ، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبته ، وأشهدت بذلك فلاناً وفلاناً • ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم ، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا تسمية شهودالحق، بل يكفي أن يكتب : شهد عندي عدول ويجوز أن لايصفهم بالعدالة ، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم ، ذكره في العدة ، ويجوز أن لايتعرض لأصل الشهادة ، فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه ، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين • وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة ، لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم • ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها ، ويتذاكرا عند الحاجة ، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به ، وأن يثبت اسم نفسه ، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب ، وفي العنوان أيضاً • وأما الإشهاد ، فإن أشهدهما أنه حكم بكذا ، ولا كتاب ، شهدا به ، وقبلت شهادتهما ، وإن أنشأ الحكم بين أيديهما ، فلهما أن يشهدا عليه وإن لم

يشهدهما ، وإن كتب ، ثم أشهد ، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما : إشهدا علي بما فيه ، أو على حكمي المبين فيه ، وفي « الشامل » أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله : هذا كتابي إلى فلان ، أجزأ ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يكفي مجرد القراءة عليهما، والأحوط أن ينظر الشاهدان وقت القراءة عليهما في الكتاب ، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما ، ولم يعلما ما فيه . قال القاضي : أشهدكما على أن هذا كتابي أو مافيه خطي ، لم يكف ، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه ، لأن الشيء قد يكتب من غير قصد بحقيقة•ولو قال : أشهدكما على أن ما فيه حكمي ، أو على أني قضيت بمضمونه ، فوجهان ، أصحهما : لايكفي حتى يفصل ما حكم به . والثاني : يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه . ويجري الخلاف فيما لو قال المقر : أشهدتك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به ، لكن الأصح عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي ، حتى إذا سلم القبالة إلى الشاهد ، وحفظها الشاهد ، وأمن التحريف ، جاز له أن يشهد على إقراره ، لأنه يقر على نفسه . والإقرار بالمجهول صحيح ، وقطع الصيمري بأنه لايكفي في الإقرار أيضاً حتى يقرأه ويحيط بما فيه ، قال : وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله ، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقر بمضمون القبالة مفصلاً • فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً ، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقارير المبهمة ، ثم سواء شهد كذا أو كذا ، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده ، وأمن التصرف •

فرع

التعويل على شهادة الشهود والمقصود من الكتاب التذكر ، ومن الختم الاحتياط ، وإكرام المكتوب إليه ، فلو ضاع الكتاب ، أو امحى ،

أو انكسر الختم . وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما ، قبلت شهادتهما، وقضي بها ، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب . عمل بشهادتهما ، ولا يكفي الكتاب المجرد . وقال الاصطخري: إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم. كفى . والصحيح الأول . ويشترط إشهاد رجلين عدلين . فلا يقبل رجل وامرأتان . وقيل : يقبل إن تعلقت الحكومة بمال . وذكر ابن كج أنه لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان . كفى شهادة واحد على قولنا : يثبت بواحد . وأنه لو كتب بالزنى وجوزنا كتاب القاضي إلى قاض في العقوبات هل يثبت برجلين أم يشترط أربعة ؟ وجهان بناء على القولين في الإقرار بالزنى .

فرع

إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر ، أحضر الخصم . فإن أقر بالمدعى . استوفاه ، وإلا فيشهد الشاهدان أن هذا كتاب القاضي فلان وختمه . حكم فيه لفلان بكذا على هذا وقرأه علينا. وأشهدنا به . ولو لم يقولوا : أشهدنا به . جاز ، ولا يكفي ذكرهما الكتاب والختم ، بل لابد من التعرض لحكمه . ثم في « التهذيب » و «الرقم» [أن القاضي][1] إنما نقض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم. وذكر الهروي أنه يفتح الكتاب أولاً : ثم يشهدون ويوافق هذا قول كثير من الأصحاب أن الشهود يقرؤون الكتاب . ثم يشهدون ليقفوا على ما فيه . ويعلموا أنه لم يخرق . وليس هذا خلافاً في الجواز ،وكيف وقد عرف أن الختم من أصله لا اعتبار به ، فكما تقبل الشهادة على مالا ختم عليه تقبل على المفضوض ختمه ، وسواء فضه القاضي أو غيره ، وإنما هو في الأدب والاحتياط .

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

يجوز أن يكتب إلى قاض معين . ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة . وإذا كان الكتاب إلى معين . فشهد شاهدا الحكم عند حاكم آخر قبل شهادتهما . وأمضاه . وإن لم يكتب : وإلى كل من يصل إليه من القضاة اعتماداً على الشهادة. وكذا لو مات الكاتب، وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه ، وشهدا عند من قام مقامه . قبل شهادتهما . وأمضى الحكم • والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت • ولو كتب القاضي إلى خليفته . ثم مات القاضي . أو عزل . تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا : ينعزل بانعزال الأصل • ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق ، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه .فوجهان.قطع ابن القاص.وصاحبا «المهذب»و«التهذيب» وآخرون بأن الكتاب إن كان بالحكم المبرم . أمضي. لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق ، وإن كان بسماع الشهادة. لم يقبل ولم يحكم به ، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم . وأطلق ابن كج أنه لا يقبل كتابه إذا فسق . وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وابن الصباغ •

فرع

شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم ؟ وجهان،قال القفال الشاشي: نعم للحاجة ، والأصح المنع، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده ، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم ، فلو ثبت به عدالتهم لثبتت بقولهم ، والشاهد لا يزكي نفسه •

فرع

ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له ، والمحكوم عليه ، وكنيتهما ، واسم أبويهما ، وجديهما ، وحليتهما ، وصنعتهما ،

وقبيلتهما ليسهل التمييز ، وإن كان مشهوراً ظاهر الصيت ، وحصل[1] الإعلام ببعض ما ذكرنا ، اكتفي به • وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا ، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه،وأحضر الحامل عنده من زعم محكوماً عليه ، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه ، لأن القاضي الكاتب حكم عليه ، طولب بالحق ، وإن لم يشهدوا على عينه ، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب ، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه ، فالقول قوله مع يمينه . وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه . فإن لم تكن بينة ، ونكل المحضر . حلف المدعي ، وتوجه له الحكم • ولو قال : لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه،فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا . كما لو ادعى عليه قرض . فأنكر ، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء . فإنه يقبل ، واختارا أنه لا يقبل ، وفرقا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة . وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى ، وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه ، فقال : نعم ، لكن لست المحكوم عليه ، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة ، لزمه الحكم ، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه ، وإن وجد بأن عرفه القاضي ، أو قامت عليه بينة ، وأحضر المشارك ، فإن اعترف بالحق ، طولب به ، وخلص الأول، وإن أنكر ، بعث الحاكم[2] إلى الكاتب بما وقع من الإشكال ، ليحضر الشاهدين ، ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه ، فإن ذكرا مزيداً ، كتب إليه ثانياً ، وإلا وقف الأمر حتى تنكشف • ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات، فإن مات بعد الحكم ، فقد وقع الإشكال ، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم

(١) في الأصل : حصل .
(٢) في الأصل : القاضي .

له ، فلا إشكال ، وإن عاصره ، حصل الإشكال على الأصح ، هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ، ونسبه ، وصفته كما سبق ، أما إذا اقتصر على قوله : حكمت على محمد بن أحمد مثلاً ، فالحكم باطل، لأن المحكوم عليه مبهم ، ولم يتعين بإشارة ، ولا وصف كامل بخلاف ما إذا استقصى الوصف ، فظهر اشتراك على الندور ، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب ، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق ، فيؤاخذ به هذا هو الصحيح ، وهو الذي نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وذكر ابن القاص وأبو علي الطبري أنه إذا ورد الكتاب،أحضر القاضي المكتوب عليه ، وقرأ عليه الكتاب ، فإن أقر أنه المكتوب عليه ، أخذه به ، سواء كان رفع نسبه وذكر صفته أم لا ، ولا شك أنه لو شهد الشهود كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه يقبل الشهادة . ويعمل بمقتضاها ، لما سبق أن الاعتبار بقول الشهود لا بالكتاب .

فصل

سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين . أحدهما : المكاتبة وسبق .

والطريق الثاني المشافهة ، وتتصور من أوجه .

أحدها : أن يجتمع القاضي الذي حكم ، وقاضي بلد الغائب في غير البلدين ، ويخبره بحكمه .

والثاني : أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب ، ويخبره ، ففي الحالين لايقبل قوله ، ولا يمضي حكمه ، لأن إخباره في غير موضع ولايته ، كإخبار القاضي بعد العزل .

والثالث : أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره، فإذا عاد إلى محل ولايته . فهل يمضيه . إن قلنا : يقضي بعلمه فنعم ،وإلا فلا على الأصح . كما لو قال ذلك القاضي : سمعت البينة على فلان بكذا . فإنه لا يترتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته .

والرابع : أن يكونا في محل ولايتهما . بأن وقف كل واحد في طرف محل ولايته . وقال الحاكم : حكمت بكذا فيجب على الآخر إمضاؤه . لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب . وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه . فقال أحدهما للآخر : حكمت بكذا فإنه يمضيه . وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس . ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب . فأخبر[1] أحدهما الآخر بحكمه أمضاه الآخر ؛ لأن القرية محل ولايتهما . ولو دخل النائب البلد . فقال للقاضي : حكمت بكذا لم يقبله ، ولو قال له القاضي : حكمت بكذا . ففي إمضائه إياه ، اذا عاد إلى قريته الخلاف [في] القضاء بالعلم .

فرع

إذا حكم القاضي بحق . وشافه به والياً غير قاض ليستوفيه . فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي ، وكذا خارجه على الصحيح . ولو كاتب القاضي والياً غير قاض . فإن كان صالحاً للقضاء وقد فوض إليه الإمام نظر القضاة وتولية من يراه ، جازت مكاتبته ، كما تجوز مكاتبة الإمام الأعظم . نص عليه في « المختصر » وان لم يكن صالحاً ، أوكان، ولم يفوض إليه ، نظر القضاة ، لم تجز مكاتبته ؛ لأن سماع البينة يختص بالقضاة .

---

(١) في الأصل : فأخبره .

فصل

ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البينة قد يحكم ، وينهيه الى حاكم آخر . وقد يقتصر على السماع وينهيه ، وفرغنا من القسم الأول ، وأما الثاني فنقدم عليه مقدمة فيما يمتاز به أحد القسمين على الثاني وفي فروع تتعلق بالحكم •

اعلم أن صيغ الحكم في قوله : حكمت على فلان لفلان بكذا ، وألزمته لما سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني ، فلو قال : ثبت عندي كذا بالبينة العادلة ، أوصح ، فهل هو حكم ؟ فيه وجهان أحدهما : نعم ، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزماً وأصحهما لا . لأنه قد يراد به قبول الشهادة . واقتضاء البينة صحة الدعوى . فصار كقوله : سمعت البينة وقبلتها ولأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بإلزام • وأما مايكتب [على] ظهور الكتب الحكمية وهو : صح ورود هذا الكتاب علي ، فقبلته قبول مثله ، وألزمت العمل بموجبه ، فليس بحكم لاحتمال[1] أن المراد تصحيح الكتاب ، وإثبات الحجة . ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على الأصح . وهل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته ؟ وجهان • ويشترط تعيين ما يحكم به ، ومن يحكم له . لكن قد يبتلى القاضي بظالم يريد مالا يجوز . ويحتاج إلى ملاينته . فرخص له دفعه بما يوهم أنه أسعفه بمراده •مثاله : أقام خارج بينة وداخل بينة.والقاضي يعلم فسق بينة الداخل . ولكنه يحتاج إلى ملاينته . وطلب الحكم بناء على ترجيح بينة الداخل . فيكتب : حكمت بما هو مقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل ، وفلان الخارج . وقررت المحكوم به في يد المحكوم له . وسلطته عليه ، ومكنته من التصرف فيه إذا ثبتت هذه

---

(1) في الأصل : الاحتمال .

المقدمة ، فإذا لم يحكم القاضي ، وأنهى ماجرى من الدعوى والبينة بالكتاب ، سمي بذلك كتاب نقل[1] الشهادة ، وكتاب التثبيت ، أي : تثبيت الحجة . وينص على الحجة ، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويمين ، أو نكل المدعى عليه ، وحلف المدعي ، وإنما ينص على الحجة ؛ ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة ، فقد لايرى بعض ذلك الحجة ؛ وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي به المكتوب إليه ؟ قال في العدة : لايجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم ، لأنه مالم يحكم به هو كالشاهد والشهادة لا تتأدى بالكتابة . وفي أمالي السرخسي جوازه ، ويقضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم . وإذا كتب بسماع البينة . فليسم الشاهدين ؛ والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدلهما ؛ لأن أهل بلدهما أعرف بهما ، فإن لم يفعل ، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل . إذا عدل ، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين ؟ قال الإمام والغزالي : لا ، والقياس الجواز ، كما أنه إذا حكم . استغنى عن تسمية الشهود ، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي وغيره ، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكتاب[2] أم له البحث وإعادة التعديل ؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني ، والقياس الأول .

قلت : هذا الذي جعله القياس هو الصواب . **والله أعلم**

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي ، والقول في إشهاد القاضي . وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه ، وفي دعوى الخصم إن كان هنالك من يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأول ؛ وإذا عدل الكاتب شهود الحق . فجاء الخصم ببينته على جرحهم

---

(١) في الاصل : تقبل .
(٢) في نسخ الظاهرية : الكاتب .

سمعت ، ويقدم على التعديل ، وإن استمهل البينة الجرح أمهل ثلاثة أيام هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم ، وكذا لو قال : أبرأتني ، أو قضيت الحق واستمهل ليقيم البينة عليه. ولو قال : أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم . فإني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك ، أو قال : لي بينة أخرى هناك دافعة ، لم يسهل ، بل يؤخذ الحق منه ، فإذا أثبت جرحاً أو دفعاً ، استرد ، وسواء في ذلك كتاب الحكم ، وكتاب نقل الشهادة: وفي العدة أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم أنه لا عداوة بينه وبينهم وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجابه إليه ، ولو سأله إحلافه على عدالتهم . لم يجبه . وكفى تعديل الحاكم إياهم ، وأنه لو ادعى قضاء الدين ، وسأل إحلافه : أنه لم يستوفه ، لم يحلف ، لأن الكاتب أحلفه . وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه : أنه لم يبرئه فحصل وجهان .

فرع

في مشافهة القاضي قاضياً بسماع البينة فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً من طرف ولايته: إني سمعت البينة بكذا . أو جوزنا قاضيين في بلد ، فقال ذلك قاض لقاض ، هل للمقول له الحكم بذلك ؟ قال الإمام والغزالي : يبنى ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل كشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول . أم حكم بقيام البينة ؟ وفيه وجهان ، فعلى الأول لا يجوز ، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل . وعلى الثاني يجوز كما في الحكم المبرم . وهذا أرجح عند الإمام والغزالي ، والصحيح الأول ، وبه قال عامة الأصحاب . وقالوا أيضاً : كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على

الشهادة . وهذا نصه في « عيون المسائل » ولو قال الحاكم لخليفته : اسمع دعوى فلان وبينته ، ولا تحكم به حتى تعرفني . ففعل هل للحاكم أن يحكم به ؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد [إلى] الآخر، لإمكان حضور الشهود عنده . لكن الأشبه هنا الجواز . وبه أجاب أبو العباس الروياني مع توقف فيه .

الطرف الرابع في الحكم بالشيء الغائب على غائب . الغيبة والحضور إنما تتعاقبان الأعيان ، فأما إذا كانت دعوى نكاح أو طلاق أو رجعة ، أو إثبات وكالة ، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور . وكذا إذا كان المدعى ديناً . ومتى ادعى عيناً . فإن كانت حاضرة مشاراً إليها . سلمت إلى المدعي إذا تمت حجته . وإن كانت غائبة . فلها حالان الأولى أن تكون غائبة عن البلد ، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه والاختلاط ، كالعقار وعبد وفرس معروفين ، وإما غيرها . والقسم الأول يسمع القاضي البينة عليه . ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه الى المدعي ، ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود . وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة . ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة . ولا يجب التعرض للقيمة على الأصح ، لحصول التمييز دونه . وأما القسم الثاني كغير المعروف من العبيد والدواب وغيرها فهل يسمع البينة على عينها وهي غائبة ؟ قولان : أحدهما نعم . كما يسمع على الخصم الغائب اعتماداً على الحلية والصفة ، ولأنه يحتاج إليه كالعقار . والثاني : لا . لكثرة الاشتباه . وبهذا قال المزني، ورجحه طائفة ، منهم أبو الفرج الزاز. والأول اختيار الكرابيسي، والاصطخري . وابن القاص ، وأبي علي الطبري . وبه أفتى القفال . فإذا قلنا به . فهل يحكم للمدعي بما قامت به البينة ؟ قولان . أحدهما : نعم كالعقار . وأظهرهما : لا . لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة

بعيد • والحاصل ثلاثة أقوال : أظهرها : تسمع البينة فينبغي أن يبالغ البينة ولا يحكم ، والثاني لايسمع ولا يحكم ، والثالث يسمع ويحكم. هذه طريقة الجمهور . وطردوها في جميع المنقولات التي لاتعرف . وقال الإمام والغزالي : مالا يؤمن فيه الاشتباه ضربان ما يمكن تمييزه بالصفات والحلي كالحيوان . ومالا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس ، فالأول على الأقوال الثلاثة . وقطعا في الكرباس ونحوه [بأنه] لاترتبط الدعوى والحكم بالعين . فإن قلنا : يسمع البينة . فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات • وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع ؟ قولان حكاهما الهروي وغيره . أحدهما لتعرض الأوصاف المعتبرة في السلم . والثاني يتعرض للقيمة . وتكفي عن ذلك الصفات ، قالوا : والأظهر أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب في ذوات القيم . الركن القيمة . وذكر الصفات مستحب . ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة.أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم . فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده . أو في يد غيره . فقد صار القضاء مبهماً ، وانقطعت المطالبة في الحال . كما سبق في المحكوم عليه . وإن لم يأت بدافع، فإن كان الكتاب كتاب حكم . وجوزناه . حلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان . وتسلم إليه . ذكره ابن القاص في كتاب آداب القضاء . وإن كان كتاب سماع البينة . انتزع المكتوب إليه المال . وبعثه إلى الكاتب . ليشهد الشهود على عينه . وفي طريقه قولان . أظهرهما وأشهرهما . وبه قطع ابن الصباغ وغيره : يسلم إلى المدعي . ويؤخذ منه كفيل ببدنه • وقال أبو الحسن العبادي : يكفله قيمة المال . فإن ذهب إلى القاضي الكاتب ، وشهد الشهود على عينه .

وسلم له . كتب القاضي بذلك إبراء الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد ، ومؤنته . ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم ، فإن كان عبداً ، جعل في عنقه القلادة . ويختم عليها ، والمقصود من الختم أن لايبدل المأخوذ بما لايستريب الشهود في أنه له ، وأخذ الكفيل واجب، والختم مستحب . وعلى هذا القول لو كان للمدعي جارية ، فثلاثة أوجه ، أحدها : أنها كالعبد ، والثاني : لاتبعث أصلاً ، والثالث : تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي ، وهذا حسن .

قلت : هذا الثالث هو الصحيح أو الصواب . **والله أعلم**

ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب ، سلمه إلى المدعي ، وقد تم الحكم له ، ثم يكتب إبراء الكفيل على ما ذكرنا ، وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً . ويكتب بأني حكمت به لفلان ، ويسلمه إلى المكتوب له . ليرده إلى القاضي الثاني ، فيقرأ الكتاب ، ويطلق الكفيل ، ويسلم العبد إلى المدعي . والقول الثاني أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي . ويقبض منه الثمن . ويضعه عند عدل . أو يكفله بالثمن ، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب ، كتب برد الثمن، أو براءة الكفيل ، وبان[1] بطلان البيع ، وإلا فالبيع صحيح ، ويسلم الثمن إلى المدعى عليه ، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة ، كما يبيع الضوال ، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ، ويأخذ القيمة ويدفعها إلى المدعى عليه للحيلولة[2] بينه وبين مايزعمه ملكاً له . ثم يسترد هذه القيمة ، سواء ثبت المال للمدعي أم لا .

---

(١) في الأصل : أوبان .

(٢) في الأصل : الى المدعي على الحيلولة .

الحالة الثانية : أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد ، فإن كان الخصم حاضراً أمر بإحضاره لتقوم البينة على عينها ، ولا تسمع الشهادة على صفتها هذا [هو] الجواب في فتاوى القفال • ويشبه أن يجيء فيه وجه فيما إذا كان المدعى عليه في البلد ، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس ؟ ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر ، فأما مالا يمكن ، كالعقار ، فيحده المدعي ويقيم البينة عليه بتلك الحدود ، فإن قال الشهود : نعرف العقار بعينه، ولا نعرف الحدود ، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه ، أو حضر بنفسه ، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى ، حكم وإلا فلا . ولو كان العقار مشهوراً لايشتبه ، فلا حاجة للتحديد ، وأما ما يعسر إحضاره كشيء ثقيل ، وما أثبت في الأرض،أو ركب في الجدار، وأورث قلعه ضرراً ، فيصفه المدعي ، ويحضر القاضي عنده ، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه ، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده ، أو بعث من يسمع الدعوى على عينه ،وذكر الغزالي أن العبد المدعى لو كان يعرفه القاضي ، حكم به دون الإحضار ، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار • وهذا الذي قاله إن أراد به العبد المعروف بين الناس،فهو صحيح كما ذكرنا في العقار المعروف والعبد المشهور الغائب عن البلد ، فأما إن اختص القاضي بمعرفته ، فإن كان عالماً بصدق المدعي . وحكم بعلمه تفريعاً على جوازه ، فهو قريب أيضاً ، وإن حكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة ، فإذا لم يسمع البينة [بالصفة] ، وجب أن يمتنع الحكم ومتى أوجبنا الإحضار ، فذلك إذا اعترف المدعى عليه باشتمال يده على مثل تلك العين ، وإن أنكر اشتمال يده على غير تلك الصفة . صدق بيمينه ، فإن حلف ، كان للمدعي أن يدعي عليه القيمة ، لاحتمال أنها هلكت ذكره البغوي وغيره • وإن نكل وحلف المدعي ،

أو أقام بينة حين أنكر ، كلف إحضارها وحبس ، ولا يطلق إلا بالإحضار ، أو بأن يدعي التلف ، فتؤخذ منه القيمة ، وتقبل منه دعوى التلف ، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة ، وقيل : لايطلق إلا بإحضار ، أو بينة التلف . فإن لم يدر المدعي أن العين باقية ليطالب[1] بها ، أو تالفة ليطالب بقيمتها فادعى على التردد ، وقال : غصب مني كذا ، فإن كان باقياً ، فعليه رده ، وإن كان تالفاً ، فقيمته ، فوجهان أحدهما : لايسمع دعواه ، لعدم الجزم ، بل يدعي العين ، ويحلف عليها ، ثم ينشيء دعوى القيمة ، ويحلف عليها ، وأصحهما وعليه عمل القضاء : يسمع للحاجة فيه ، وعلى هذا يحلف أنه لايلزمه رد العين ، ولا قيمتها . ويجري الوجهان فيما لو سلم ثوباً إلى دلال ليبيعه فطالبه به ، فجحد ، فلم يدر صاحب الثوب أباعه ، فيطالبه بالثمن ، أم تلف ، فيطالبه بالقيمة ، أم هو باق ليطالبه بالعين ؟ فعلى الأول يدعي العين في دعوى ، والقيمة في أخرى ، والثمن في أخرى ، وعلى الثاني يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته ، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لايلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته ، ولو شهدوا أنه غصب منه عبداً بصفة كذا ، فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك[2] الصفة . وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً ، فإن كان غائباً والمال في البلد ، كما وصفنا أحضر مجلس الحكم أيضاً ، وأخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه .

فرع

لو كان الخصم حاضراً ، والمدعي ببلدة أخرى ، فقياس ما سبق أنا إن قلنا : تسمع البينة بالمال الغائب ، ويحكم به ، فالقاضي يحكم عليه ، وإن لم نجوز إلا السماع ، فإذا سمع البينة ، أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم .

---

(١) في الأصل : لطالب .
(٢) في الأصل : تكمل .

فرع

ذكرنا أن المدعى إن كان في البلد ، كلف المدعى عليه إحضاره ، وإن كان غائباً يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدعي ، ولا يكلف المدعى عليه الإحضار للمشقة ، كما يكلف الحضور هناك ولا يكلفه[1] هنا ، قال البغوي : فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار ، فمؤنة الإحضار عليه إن ثبت أنه للمدعي ، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعاً، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي ، فعليه رده إلى موضع بمؤناته ، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده ، وإن ثبت أنه للمدعي ، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه.وفي أمالي السرخسي أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، اقترض، فإن ثبت المال للمدعى عليه ، لزمه رد القرض بظهور تعديه ، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعنته ، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب ، ولم يثبت كونه له ، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة ، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة ، وإذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد،فاقتضى سكوتهم المسامحة وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي ، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك .

الطرف الخامس في المحكوم عليه ، والأصل أن لايسمع القاضي البينة ، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه ، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب . وتفصيلها أن يقال : إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي ، فإما أن يكون في البلد ، وإما لا ، فإن كان ، نظر إن كان ظاهراً يتأتى

---

(١) في الأصل : لايكلفه هنا .

إحضاره ، فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم من غير حضوره أم لا ، أم يجوز سماعها دون الحكم ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنع منهما ، وأجري الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل يسمع البينة عليه ، ويحكم بغير سؤاله ومراجعته ، والمنع هنا أظهر وأولى . وإن تعذر إحضاره بتواريه أو بعذره ، جاز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه على الصحيح ، ومنعه القاضي حسين ، فإن قلنا بالصحيح ، فهل يحلف المدعي ، كما يحلف المدعي على غائب ؟ وجهان ، وقطع صاحب العدة بأنه لا يحلف ، لأن الخصم قادر على الحضور وإن لم يكن في البلد ، فإن غاب إلى مسافة بعيدة ، جاز الحكم عليه ، وإن كانت قريبة ، فهو كالحاضر ، وفي ضبط البعيدة وجهان ، أحدهما : تقصر فيه الصلاة ، والقريبة دونها ، وأصحهما : أن القريبة ما يمكن المبكر الرجوع منها إلى مسكنه ليلاً ، فإن زادت ، فبعيدة . ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه ، فهل يتوقف التحليف على طلبه ؟ جوابان لأبي العباس الروياني ، لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل ، وكذا لو كان للغائب وكيل .

فصل

من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره ، فلخصمه حالان :

الأولى : أن يكون بالبلد وظاهراً يمكن إحضاره ، فيجب إحضاره ، وقال ابن سريج : يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلسه ، والصحيح أنه لا فرق . ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب أو غيره يدفعه إلى المدعي ، ليعرضه على الخصم . وليكن مكتوباً عليه : أجب القاضي فلاناً ، وقد يكون بشخص من الأعوان المرتبين على باب القاضي ، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يكن لهم رزق من بيت المال ، وإن بعث الختم ، فلم يجب ، بعث إليه العون ، وإن ثبت عند القاضي امتناعه بلا عذر ، أو ثبت سوء ادبه بكسر الختم ونحوه ، استعان على إحضاره بأعوان

السلطان ، فإذا حضر عزره بما يراه ، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب ، لامتناعه • وقيل : على المدعي ، والصحيح الأول ، فإن اختفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمر باب داره ، أو ختم عليه ، فإن لم يحضر بعد الثلاث ، وسأل المدعي التسمير أو الختم ، أجابه إليه ، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره ، وإذا عرف له موضع قال ابن القاص : يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب ، ويفتشون • ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور، لم يكلف ، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه ، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه ، فإن وجب تحليفه ، بعث إليه من يحلفه ، والعذر كالمرض ، أو حبس ظالم ، أو الخوف منه ، وفي المرأة المخدرة خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى •

الحالة الثانية : أن يكون خارج البلد ، فينظر إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي لم يكن له [أن] يحضره ، وإن كان فيها ، فإن كان له في ذلك الموضع نائب ، لم يحضره ، بل يسمع البينة ويكتب إليه ، هذا هو الصحيح ، وقيل : يلزم إحضاره إذا طلب الخصم ، وقيل : يتخير بين الأمرين ، ذكره السرخسي في « الأمالي » وإن لم يكن هناك، فثلاثة أوجه، أحدهما — وبه قطع العراقيون — : يحضره قربت المسافة أم بعدت، لكن له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدي، والثاني إن كان دون مسافة القصر أحضره ، وإلا فلا ، والثالث إن كان على مسافة العدوى ، أحضره وإلا فلا ، وهذا أصح عند الإمام • وإذا قلنا : لا يحضره إذا كان هناك حاكم ، فكذا لا يحضره إذا كان [هناك] من يتوسط ويصلح بينهما ، بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح ، فإن تعذر فحينئذ يحضره ، وحيث قلنا : يحضر الخارج عن البلد ، فذكر الإمام والغزالي ،وصاحب العدة أنه إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على

ما يدعيه ، فقد لايكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار ، لكن قد لايكون له حجة ، ويقصد تحليفه لعله ينزجر فيقر، ولم يتعرض الجمهور لما ذكره ، لكن قالوا : يبحث القاضي عن جهة دعواه ، فقد يريد مطالبته بما لايعتقده ، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر ، بخلاف الحاضر في البلد لايحتاج إلى البحث في إحضاره ، لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة .

فرع

لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها ، وهل يشترط أمن الطريق ونسوة ثقات ، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرماً لها[1] لتحضر معه ؟ قال أبو العباس الروياني في كل ذلك وجهان الأصح أن يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات .

فصل

إذا ثبت على غائب دين ، وله مال حاضر ، فعلى القاضي توفيته منه إذا طالب المدعي ، وإذا وفى هل يطالب المدعي بكفيل ؟ وجهان ، أحدهما : نعم فقد يكون للغائب دافع ، وأصحهما : لا ، لأن الحكم قد تم ، والأصل عدم الدافع .

فصل

ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز ، وذلك في غير العقوبات ، وفي العقوبات ثلاثة أقوال المشهور ثالثها إن كانت لآدمي ، كقصاص وحد قذف ، جاز، وإن كانت حداً لله تعالى ، كالزنا والشرب ، وقطع الطريق فلا ، فإن جوزنا ، كتب إلى قاضي بلد المشهود عليه ، ليأخذه بالعقوبة

---

(١) في الأصل : زيادة « لتحضر مالها » ولا معنى لها ، ولم ترد في أصول الظاهرية .

ثم لا فرق بين كتاب الحكم، وكتاب النقل عند الجمهور وقال الفوراني: الخلاف في كتاب النقل ، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعاً في العقوبتين[1].

فصل

إذا سمع القاضي بينة ، فعزل ، ثم ولي ثانياً ، لم يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل ، بل تجب الاستعادة ، ولو خرج عن محل ولايته ، ثم عاد ، فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته . ولو سمع الشهادة على غائب ، فقدم قبل الحكم ، لم تجب الاستعادة ، لكن يخير ويمكن من الجرح ، وإن قدم بعد الحكم ، فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء والإبراء ، وجرح الشهود ، لكن يشترط أن يؤرخ الجارح[2] فسقه بيوم الشهادة ، لأنه إذا أطلق احتمل حدوثه بعد الحكم وبلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه ، أو بعد الحكم كقدوم الغائب .

فصل

المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ وجهان : أحدهما نعم قاله القفال كغيرها ، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها ، ليحكم بينها وبين خصمها ، أو بعث نائباً كان للخصم أن يمتنع من دخول دارها ، ويطلب[3] إخراجها ، وأصحهما لا كالمريض ، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض ، فعلى هذا قال ابن الصباغ : إذا حضر دارها نائب القاضي ، تكلمت من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها خصمه ، أو شهد اثنان من محارمها أنها هي التي ادعى عليها ، وإلا تلففت بملحفة ، وخرجت من الستر . ثم من لا تخرج أصلاً إلا لضرورة فهي مخدرة ، ومن لا تخرج إلا نادراً لعزاء ، أو زيارة أو حمام مخدرة أيضاً على الأصح.

---

(١) في الأصل : في العقوبة .
(٢) في الأصل : الخارج .
(٣) في الأصل : ولطلب .

ويكفي أن لا تصير متبذلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة ، كشراء الخبز والقطن ، وبيع الغزل ونحوها ، ثم إنما يتحتم حضور المخدرة على الوجه الأول للتحليف ، وأما ما عداه ، فيقتنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها .

فصل

القاضي يزوج من لاولي لها إذا كانت في محل ولايته ، سواء كانت مستوطنة محل ولايته ، أم غيرها ، ولا يزوج خارجة عن محل ولايته ، وإن رضيت . ولا يكفي حضور الخاطب ، لأن الولاية عليها لاتتعلق بذلك بخلاف ما لو حكم بحاضر على غائب، لأن المدعي حاضر، والحكم يتعلق به ، بخلاف ما لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر ، فإنه يتصرف فيه ، لأن الولاية عليه ترتبط بماله ، ثم تصرفه في مال اليتيم الغائب يكون بالحفظ والتعهد ، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة ، وهكذا يفعل في مال كل غائب أشرف على الهلاك ، فإن كان حيواناً ، وخيف هلاكه ، باعه ، وإن حصلت الصيانة بالإجارة اقتصر عليها . وهل له أن يتصرف في مال اليتيم الغائب للاستنماء ، وأن ينصب قيماً كذلك، وأن يتصرف للتجارة، وطلب الفائدة كتصرفه في أموال الحاضرين ؟ وجهان ، لأن نصب القيم يرتبط بالمال والمالك جميعاً ، فلو جاز النصب بحضور المال،جاز لقاضي بلد اليتيم بحضور المالك ، وحينئذ يتمانع تصرفاهما . قال الغزالي : والأولى أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال ، وله نصب القيم للحفظ والصيانة بلا خلاف ، وللقاضي إقراض مال الغائب ليحفظه[1] بحفظه

---

(١) في نسخ الظاهرية : ليحصنه .

في الذمة ، وذكره صاحب « التلخيص » وهو موافق لما سبق في الحجر في إقراض مال الصبي • وأما مالايتعين له مالك ، رحصل اليأس من معرفته ، فذكر بعضهم أن له أن يبيعه ، ويصرف ثمنه إلى المصالح ، وأن له حفظه •

قلت : هذا المحكي عن بعضهم متعين ، وقد قاله جماعة ، ولا نعرف خلافه • والله أعلم

فصل

في مسائل منثورة

كتاب قاضي البغاة مقبول على المشهور ، وعن القديم منعه ، أطلق بعضهم أنه لايجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته، والذي يستمر على أصل الشافعي رحمه الله ما ذكره ابن القاص أنه لايحكم ولا يشهر في غير محل ولايته ، وأما الكتاب ، فلا بأس به • ولو حكم القاضي ببينة أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر ، فحضر المدعى عليه ، وقال : كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة ، لم ينفعه ، لأن القضاء على الغائب جائز • ولو حضر المدعي ، وقال : كنت عزلت وكيلي، وقلنا بانعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر ، لم يصح الحكم ، لأن القضاء للغائب باطل ، وإذا أراد شهود كتاب حكمي التخلف في الطريق في موضع فيه قاض وشهود ، فصاحب الكتاب إما أن يشهد على كل واحد منهم شاهدين يحضران معه ويشهدان عند القاضي الذي يقصده ، وإما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه ، ليشهدوا عنده به ، فيضمنه ، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده • وإن كان التخلف حيث لاقاض ولا شهود ، قال البغوي : ليس لهم ذلك ، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاض وشهود ، فإن طلبوا أجرة الخروج إليه ، فليس لهم إلا نفقتهم ، وكذا دوابهم بخلاف مالو طلبوا أكثر من ذلك

عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب ، حيث لايكلفون الخروج، والقناعة به ، لأن هناك يتمكن من إشهاد غيرهم ، وإذا ألزم المكتوب إليه الخصم بالحق ، فطلب أن يكتب له كتاباً بقبضه ، فهل على القاضي إجابته ؟ وجهان ، قال الاصطخري : نعم ، لئلا يطالب مرة أخرى ،وقال الجمهور : لا ، لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به ، وثبت عنده ، ويكفي للاحتياط إشهاد المدعي على قبضه الحق . ولو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت الحق به ، لم يلزمه دفعه إليه ، وكذا من له كتاب بدين ، واستوفاه ، أو بعقار فباعه ، لايلزمه دفعه إلى المستوفى منه ، وإلى المشتري ، لأنه ملكه ، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه ، وبالله التوفيق .

* * *

كتاب القسمة

قد يتولاها الشركاء بأنفسهم أو منصوب للقاضي أو لهم ، ويشترط في منصوب القاضي الحرية والعدالة ، والتكليف والذكورة، والعلم بالمساحة والحساب ، وهل يشترط معرفته للتقويم ؟ وجهان ، لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه ، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية ، لأنه وكيل لهم ، كذا أطلقوه • وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع•ولو حكـّم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم ، فهو على القولين في التحكيم ، فإن جوزناه ، فهو كمنصوب القاضي ، فإن كانفي سهم المصالح مال يتفرع لمؤنةالقاسمين، لزم الإمام أن ينصب في كل بلد قاسماً ، فإن لم تحصل الكفاية بواحد ، زاد بحسب الحاجة ، وإلا فلا يعين قاسماً لئلا يغالي في الأجرة ، ولئلا يواطئه بعضهم ، فيحيف ، بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا ، وإذا لم تكن في القسمة تقويم ، كفى قاسم على المذهب ، وقيل قولانثانيهما يشترط اثنان، وإن كان تقويم ، اشترط اثنان، وللإمام أنينصبقاسماً، لجعله حاكماً في التقويم ، ويعتمد في التقويم عدلين ، وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم ؟ قولان ، كقضائه بعلمه ، وقيل : لايجوز قطعاً ، لأنه تخمين مجرد،ولو فوض الشركاءالقسمة إلى واحدبالتراضي، جاز قطعاً •

فرع

القاسم المنصوب من جهة الإمـام يدر رزقه من بيت المـال على الصحيح ، وبه قطع الجمهور.وقال أبو إسحاق : لايدر، وهذا ضعيف. وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال ، فأجرته على الشركاء ، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم ، وقال ابن القطان وغيره : على الطـالب وحده ، والصحيح الأول ، ثم إن استأجر الشركاء قاسماً ، وسموا لـه أجرة ، وأطلقوا ، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب ، وقيل قولان ثانيهما على عدد الرؤوس ، ويجري الطريقان فيما لـو استأجروه استئجاراً فاسداً ، فقسم ، أن أجرة المثل كيف توزع ؟وفيما لو أمروا قاسماً فقسم ، ولم يذكروا أجرة ، وقلنا : تجب أجرة المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسماً فقسمقسم إجبار. ولواستأجروا قاسماً ، وسمى كل واحد أجرة التزمها ، فله على كل واحد ما التزم ، هذا إذا أستأجروا جميعاً بأن قالوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ، ودينارين على فلان مثلاً أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك ، فلو استأجروا في عقود مترتبة ، فعقد واحد لإفراز نصيبه ، ثم الثاني كذلك ، ثم الثالث ، فقد جوزه القاضي حسين ، وأنكره الإمام ، وقال: هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه ، ولا سبيل إليه ، لأن إفراز نصيبـه لايمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددأ وتقريراً ولا سبيل إليه إلا برضاهم ، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقين فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقين ، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد بالتراضي ، فذاك ، وإن أطلق ، عاد الخلاف في كيفية التوزيع .

فرع

إذا كان أحد الشريكين طفلاً ، نظر إن كان في القسمة غبطة له ، فعلى الولي طلب القسمة ، وبدل حصته من الأجرة من مال الطفل وإلا فلا يطلبها ، وإن طلبها الشريك الآخر وأجيب ، فإن قلنا : الأجرة على الطالب خاصة ، فذاك ، وإن قلنا : على الجميع ، فوجهان ، أحدهما : على الطالب لئلا يجحف بالصبي بلا غبطة ، وأصحهما تؤخذ حصة الصبي من ماله .

فصل

للعين المشتركة حالان : الأولى أن يعظم ضرر قسمتها ، فإن طلبها أحدهما ، وامتنع الآخر ، لم يجبر ، وفي ضبط الضرر المانع ثلاثة أوجه سبقت في باب الشفعة ، فلا يكسر جوهر نفيس ، ولا يقطع ثوب رفيع، ولا يقسم زوجا خف ، ومصراعا باب إن طلبه أحدهما ، فلو تراضوا بقسمة ذلك ، وطلبوها من القاضي، فإن بطلت المنفعة بالكلية، لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم ، لأنه سفه ، وإن نقصت كسيف يكسر، لم يجبهم على الأصح ، لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم وما يبطل القسمة منفعته المقصودة منه ، كطاحونة وحمام صغيرين إذا امتنع أحدهما لا يجبر الآخر على أصح الأوجه المشار إليها ، فإن كانا كبيرين، وأمكن جعل الطاحونة طاحونتين ، والحمام حمامين ، أجبر الممتنع ، فإن كان يحتاج إلى إحداث بئر أو مستوقد فوجهان، أحدهما: لا إجبار، لتعطل المنفعة إلى الإحداث، وأصحهما : يجبر ليسر التدارك. وإن تضرر أحدهما بالقسمة دون الآخر كدار بين اثنين ، لأحدهما عشرها ، وللآخر باقيها ، ولو قسمت ، لم يصلح العشر للسكن ، ويصلح الباقي ، فإن

طلب القسمة صاحب العشر ، لم يجبر الآخر على الأصح ، وإن طلبها الآخر ، أجبر صاحب العشر على الأصح ، لأن صاحب العشر متعنت في طلبه ، والآخر معذور • وإن كان نصف الدار لواحد ، ونصفهالخمسة ، فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه ، أجيب إليه ، والباقون إن اختاروا القسمة قسم ، وإن كان العشر لايصلح للسكن ، لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء ، وإن استمروا على الشيوع ، جاز فلو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك ، لم يجبر الباقون ، لأن هذه القسمة تضر الجميع ، ولو طلب الخمسة أولاً إفراز النصف ، ليكون بينهم شائعاً ، أجيبوا إليه ، كذا ذكره الروياني وغيره ، وكذا لو كانت بين عشرة ، فطلب خمسة القسمة ، ليكون النصف بينهم يجابون •

الحالة الثانية : أن لايعظم ضرر القسمة ، فقد لاينقسم من غير رد من أحد الشريكين أو الشركاء ، وقد ينقسم بلا رد باعتبار الأجزاء، وتسمى قسمة المتشابهات ، أو باعتبار القيمة وتسمى قسمة التعديل ، فهذه ثلاثة أنواع • الأول : قسمة المتشابهات ، وإنما تجري في الحبوب والدراهم والأدهان وسائر المثليات ، وفي الدار المتفقة الأبنية ،والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها ، فتعدل الأنصباء في المكيل بالكيل ، والموزون بالوزن ، والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن تساوت ، بأن كانت لثلاثة أثلاثاً ، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية ، ثم تؤخذ ثلاث رقاع متساوية ، ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء ويميز(١) بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرها ، وتدرج في بنادق متساوية وزناً وشكلاً من طين مجفف أو شمع ، وتجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج ، فإن كان صبياً أو أعجمياً كان أولى ، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب

---

(١) في الأصل : أو تمييز .

في الرقاع أسماء الشركاء ، فمن خرج اسمه ، أخذه ، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الـذي يلي الأول ، فمن خرج اسمه أخـذه ، ويعين الباقي للثالث ، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرجت رقعة باسم زيد ، ثم أخرى باسم عمرو ، ويتعين الثالث للثالث ، ويعين من يبتدىء به من الشركاء والإجزاء منوطٌ بنظر القاسم ، فيقف أولاً على أي طرف شاء ويسمي أي شريك شاء ، وإن كانت الأنصباء مختلفة ، بأن كـان لزيد نصف ، ولعمرو ثلث ، وللثالث سدس ، جزأ الأرض على أقـل السهام وهو السدس ، فيجعلها ستة أجزاء ، ثم نص الشافعي رحمه الله أنه يثبت اسم الشركاء في رقاع ، وتخرج الرقاع على الأجزاء ، وقال في العتق : يكتب على رقعتين : رق ، وعلى رقعتين : حرية ، وتخرج على أسماء العبيد ، ولم يقل تكتب أسماء العبيـد ، وفيهما طريقان ، أحدهما فيهما قولان ، ففي قول يثبت اسم الشركاء والعبيد ، وفي قول يثبت الأجزاء هنا ، والرق والحرية هناك ، والطريق الثاني وهو المذهب ، وبه قطع الجمهور الفرق ، ففي العتق يسلك ما شاء من الطريقين ، وهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع ، لأنه لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس ، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث ، وأيضاً قال في « المهذب » : لو فعلنا ذلك ربمـا خرج السهم الرابع لصاحب النصف، فيقول: آخذه وسهمين قبله ويقول الآخران ، بل خذه وسهمين بعده ، فيفضي إلى النزاع ، ثم هل هـذا الخلاف في الجواز أم الأولوية ؟ وجهان ، أرجحهما : الثاني وبه قـال الإمام والغزالي ، وسنوضح إن شاء الله تعالى ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك ، وأما ما ذكره في «المهذب» فيجوز أن يقال: لا نبالي بقول الشركاء بل يتبع نظر القاسم كما في الجزء المبدوء به ، واسم الشريك المبدوء به ، فإن أثبت أسماء الشركاء فقيل : يثبت أسماءهم على ثلاث

رقاع ، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول ، فإن خرج أسم صاحب السدس أخذه ، وأخرجت رقعة على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه مع الجزء الثالث ، تعينت الثلاثة الباقية لزيد ، وإن خرج اسم زيد ، أخذ الثاني والثالث والرابع ، وتعين الآخران لعمرو ، فإن خرج اسم زيد أولاً ، أخذ الثلاثة الأولى ، ثم يخرج رقعة ، فإن خرج اسم عمرو ، أخذ الرابع والخامس ، ويعين السادس لصاحب السدس .وإن خرج اسم صاحب السدس ، أخذ الرابع ، وتعين الباقيان لعمرو ، وإن خرج اسم عمرو أولاً ، لم يخف الحكم . وقيل : تثبت أسماؤهم في ست رقاع ، اسم زيد في ثلاث ، وعمرو في ثنتين ، والثالث في رقعة ، ويخرج على ماذكرنا . وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً لكن سرعة الخروج لاتوجب حيفاً ، لأن السهام متساوية ، فالوجه تجويز كل واحد من الطريقين . وإن أثبت الأجزاء في الرقاع ، فلا بد من إثباتها في ست رقاع ، وحينئذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم إذا خرج أولاً اسم صاحب السدس وهو مستغن عنه ، بأن يبدأ باسم صاحب النصف ، فإن خرج الأول باسمه ، فله الأول والثاني والثالث ، وإن خرج الثاني فكذلك ، فيعطى معه ما قبله وما بعده ، وإن خرج الثالث ، ففي شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه ، ويخرج لصاحب الثلث ، فإن خرج الأول أو الثاني ، فله الأول والثاني ، ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس . وإن خرج الخامس ، فله الخامس والسادس ، ثم أهمل باقي الاحتمالات ، وكان يجوز أن يقال : إذاخرج لصاحب النصف الثالث ، فهو له مع اللذين قبله ، وإن خرج الرابع ، فهو له مع اللذين قبله ، ويتعين الأول لصاحب السدس ، وإن خرج الخامس ، فهو له مع اللذين قبله ، ويتعين السادس لصاحب السدس ،

وإن خرج السادس ، فهو له مع اللذين قبله • وإذا أخذ زيد حقه ، ولم يتعين حق الآخرين ، أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما ، فلا يقع تفريق ويمكن أن يبدأ [بصاحب السدس ، فإن خرج باسم الجزء الأول دفع إليه ، ثم يخرج باسم أحد الجزئين ، فلا يقع تفريق • وإن خرج له الثالث دفع إليه ويعين[1]] الأول والثاني لصاحب الثلث والثلاثةالآخرة لصاحب النصف • وإن خرج له الرابع ، دفع إليه ، وتعين الأخيران لصاحب الثلث ، والثلاثة الأولى لصاحب النصف • ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث ، فإن خرج له الأول أو الثاني ، دفعا إليه ، وإن خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه ، ثم يخرج باسم أحد الآخرين ، وإن خرج الثالث ، فله الثالث والثاني ، ويتعين الأول لصاحب السدس ، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف ، وإن خرج الرابع ، فله الرابع والخامس ، وتعين السادس لصاحب السدس ، والثلاثة الأول لصاحب النصف •

فرع

كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات ، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك •

فرع

كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي والحصى ونحوها •

---

(١) هذه الزيادة في هامش الأصل وقد أثبت عليها علامة « صح » ولم ترد في نسخ الظاهرية .

فرع

إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه ، وهو قسمة المتشابهات ، أجبر عليها ، سواء كانت الأنصباء متساوية ، أم متفاوتة ، وفي المتفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار ، والصحيح الأول .

فصل

إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار ، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً ، نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط ، لم يلتفت إليه ، وإن بينه ، لم يمكن تحليف القاسم ، كما لا يحلف [القاضي] أنه لم يظلم ، والشاهد أنه لم يكذب ، لكن إن قامت بينة ، سمعت ونقضت القسمة . قال الشيخ أبو حامد وغيره : وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ، ويمسحا ، ويعرفا الحال، ويشهدا[1] . وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ، ومسحنا[2] ماأخذه ، فإذا هو سبعمئة ذراع . ولو لم تقم حجة ، وأراد تحليف الشريك ، مكن منه ، فإن نكل وحلف المدعي ، نقضت القسمة ، ولو حلف بعض الشركاء ، ونكل بعضهم ، فحلف المدعي لنكول بعضهم ، قال في « الوسيط » : تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين ، ولايطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة ، لأن الظاهر الصواب . وحكى ابن أبي هريرة قولاً ان [على] الشريك البينة بأنها عادلة ، ولا بينة على مدعي الغلط . وقال أبو إسحاق : إن قال مدعي الغلط : إن القاسم الذي قسم لايحسن القسمة والمساحة والحساب ، فالأصل

---

(١) في الأصل : فيشهد .

(٢) في الأصل : ومسخا .

ما يقوله ، وعلى صاحبه البينة . وإن قال : سها ، فعليه البينة ،والمذهب الأول . ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف ، فإن صدقه الشركاء ، انتقضت القسمة ، وإلا فلا تنتقض ، وعليه رد الأجرة . قال البغوي : وهو كما لو قال القاضي : غلطت في الحكم ، أو تعمدت الحيف ، فإن صدقه المحكوم له ، استرد المال ، وإلا فلا ، وعلى القاضي الغرم . أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قاسماً ، أو اقتسما بأنفسهما ، ثم ادعى أحدهما غلطاً ، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة ، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار ، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة ، فإن قلنا : القسمة إفراز ، فالإفراز لايتحقق مع التفاوت،فتنتقض القسمة إن قامت به بينة ، ويحلف الخصم إن لم تقم ، وإن قلنا :القسمة بيع ، فوجهان أحدهما الجواب كذلك ، فإنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل ، وأصحهما أنه لا فائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق ، كما لا أثر للغبن[1] في البيع والشراء ، وبهذا قطع الجمهور ، كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح .

فصل

إذا قسمت التركة بين الورثة ، ثم ظهر دين ، فإن قلنا : القسمة إفراز ، فهي صحيحة ، ثم تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه ، وإن قلنا : بيع ، فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر ، ثم ظهر . فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان ، فإن صححنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة ، فإن وفوا الدين ، استمرت صحتها ، وإلا

---

(١) في الأصل : للعين .

نقضت وبيعت التركة في الدين . وإن لم نصححه . فالقسمة باطلة ، ولو جرت قسمة ، ثم استحق بعض المقسوم ، نظر إن استحق جزء شائع كالثلث ، فمطلت القسمة في المستحق وفي الباقي طريقان . أصحهما قولان : أحدهما : يبطل فيه ، والثاني : يصح ، ويثبت الخيار . وبهذا الطريق قال الأكثرون . وقال أبو إسحاق : يبطل فيه قولاً واحداً ، لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق ، وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد . لأن المستحق كان شريكاً . وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع . وإن استحق شيء معين . نظر إن اختص المستحق بنصيب أحدهما . أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر . بطلت القسمة ، وإن كان المستحقان من نصيبهما . سواء بقيت القسمة في الباقي على الصحيح . وقيل : تبطل بمعنى التفريق . ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة ، فإن كانت مرسلة ، فهو كظهور دين على التركة . وإن كانت بجزء شائع أو معين ، فعلى ما ذكرناه في الاستحقاق . ثم ظهور الدين والاستحقاق ، ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات ، بل تعم أنواع القسمة .

النوع الثاني : قسمة التعديل والمشترك الذي تعدل سهامه بالقيمة ينقسم إلى ما يعد شيئاً واحداً . وإلى ما يعد شيئين فصاعداً . أما الأول . فكالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء ، وفي أن بعضها يسقى بالنهر ، وبعضها بالناضح فيكون ثلثها لجودتها كثلثيها بالقيمة مثلاً ، فيجعل هذا سهماً ، وهذا سهماً إن كانت بينهما نصفين . وإذا اختلفت الأنصباء ، كنصف وثلث وسدس ، جعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة ، وإذا طلب أحدهما هذه القسمة ، فهل يجبر الممتنع ؟ قولان أظهرهما عند العراقيين وغيرهم نعم إلحاقاً للتساوي في القيمة ، بالتساوي في الأجزاء [على هذا] هل

توزع أجرة القاسم بحسب الشركة في الأصل أم بحسب المأخوذ منها؟ وجهان : أصحهما : الثاني ، لأن العمل في الكثير أكثر ، وكما يجري القولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس ، كالبستان الواحد بعضه نخل ، وبعضه عنب ، والدار المبني بعضها بالآجر ، وبعضها بالخشب والطين . ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده . وقسمة الرديء وحده ، فإن أمكن لم يجبر كما لو كانا شريكين في أرضين تمكن قسمة كل واحدة بالأجزاء . لا يجري الإجبار على التعديل .

القسم الثاني : ما يعد شيئين فصاعداً وهو ضربان عقار وغيره : أما العقار . فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة[١] وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار ، أو حانوت وحانوت . لم يجبر الممتنع ، سواء تجاور الحانوتان والداران ، أم تباعدا . لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية . ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة ، ويقال لها : العضايد . فطلب أحدهما أن يقسم أعياناً ، فهل يجبر الممتنع ؟ وجهان : أحدهما كالمتفرقة وكالدور ، وأصحهما : نعم للحاجة . وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن ، هكذا صور هذه المسألة الجمهور ، وهو الصواب ، وصورها صاحب « المهذب » فيما إذا احتملت كل واحدة منهما القسمة وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً والآخر[٢] قسمة كل واحد منها . وأما الأقرحة[٣] فإن كانت

---

(١) في الأصل : القسمة .

(٢) في الأصل : وللآخر .

(٣) الأقرحة ، جمع قراح كسحاب : الأرض لا ماء بها ولا شجر ، أو المخلصة للزرع والغرس .

متفرقة ، فهي كالدور . وإن كانت متجاورة ، ففي « الشامل » أن أبا إسحاق جعلها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء ، وأن غيره قال : إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق ، فإن تعدد ، فهو كما لو تفرقت ، قال : وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله .

الضرب الثاني غير العقار إذا اشتركا في عبيد أو دواب ، أو أشجار ، أو ثياب ونحوها ، فلها حالان أحدهما : أن يكون من نوع واحد ، ويمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة ، كعبدين متساويي القيمة بين شريكين ، وكثلاث دواب ، أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة ، فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعياناً ، لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور ، وقال أبو علي بن خيران ، وابن أبي هريرة : هي كالدور ، وقيل : يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف . وإن لم تمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة ، فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة ، فهنا قولان، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء ، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان ، كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة ، وقيمة الاخر مائتان ، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت [له] قرعة[1] الخسيس بالخسيس ، ويكون له مع ذلك ربع النفيس ، فإن قلنا : لا إجبار في الصورة السابقة ، فهنا أولى وإلا فوجهان ، أو قولان ، الأصح لا إجبار ، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية .

الحال الثاني : أن يكون الأعيان أجناساً ، كعبد وثوب ، وحنطة وشعير ، ودابة ونحوها ، أو أنواعاً كعبدين تركي وهندي ، وثوبين

---

(1) في الأصل : قرعته .

إبريسم وكتان ، فطلب أحدهما أن يقسم أجناساً وأنـواعاً لا يجبر[١] الآخر وإنما يقسم كذلك بالتراضي • ولو اختلطت الأنواع وتعـذر التمييز كتمر جيد ورديء ، فلا قسمة إلا بالتراضي هذا ما قطع بـه الجمهور ، وطرد السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع ، وزاد الإمام والغزالي فأجرياه[٢] عند اختلاف الجنس ، وليس بشيء ، والمذهب الأول •

فرع

إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة ، لقربه مـن الماء فهي قسمة تعديل ، وفيها الخلاف • وقال الغزالي : يجبر عليهـا قطعاً ولا يبالى بهذا التفاوت ، والمذهب الأول ، وهو المعروف عـن الأصحـاب •

فرع

اللبنات إن تساوت قوالبهـا[٣] ، فقسمتها قسمة المتشابهات ، فيجبر قطعاً ، وإن اختلفت قوالبها ، فقسمة تعديل ، وفيها الخلاف •

فرع

دار بين اثنين ، لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً ، أجبر الآخر عند الإمكان ، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد ، والسفل لآخر لا يجبر ، هكذا أطلقه الأصحاب • ويجوز أن يقال : إن لم يمكن القسمة سفلاً وعلواً ، جعل السفل لأحدهما والعلو للآخـر من جملة قسمة النعديل ، ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل ، ويترك

---

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجبر •
(٢) في الأصل : فأخذناه •
(٣) في الأصل : قوالبهما •

العلو مشاعاً ، لم يجبر الآخر ، لأنهما قد يقتسمان العلو بعده ، فيقع ما فوق هذا لذاك .

النوع الثالث : قسمة الرد ، وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر[1] أو شجر ، أو في الدار بيت لا يمكن قسمته ، فيضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به ، ويقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب بتلك[2] القيمة ، وهذه لا إجبار عليها قطعاً وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة ، والآخر خمسمائة . واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا[3] وقيل في الإجبار قول مخرج حكاه السرخسي وهو غلط . ولو تراضيا بقسم الرد ، جاز أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النفيس ويرد ، ويجوز أن يحكما القرعة ليرد من خرج له النفيس .

فصل

قسمة المتشابهات هل هي بيع أم إفراز حق ؟ قولان ، قال البغوي وآخرون : الأظهر كونها بيعاً ، وقال الغزالي : الأظهر كونها إفرازاً ، قال صاحب « العدة » : وعليه الفتوى ، وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين .

قلت : أشار الرافعي في « المحرر » الى اختيار الإفراز ، فإنه قال فيه قولان ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه ، فالمختار ترجيح الإفراز . **والله أعلم**

ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجباراً ، فإن جرت

---

(١) في الأصل : بيت .
(٢) في الأصل : بكل .
(٣) في الأصل : استويا .

بالتراضي فبيع قطعاً. وقيل القولان في الحالين، قال البغوي : والأصح الطريق الأول ؛ ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما . بل النصف الذي صار في يده ، كان نصفه له ، ونصفه لصاحبه . فالقسمة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول . وأما قسمة التعديل ، فالمذهب أنها بيع ، وقيل فيه القولان ، وقسمة الرد بيع . كذا قاله الجمهور ، وقيل : بيع فيما يقابل المردود ، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل .

فرع

إذا قلنا : القسمة بيع . فاقتسما ربوياً ، وجب التقابض في المجلس ، ولم تجز قسمة المكيل وزناً ولا العكس . ولا يجوز قسمة الرطب والعنب ، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء ، وإن قلنا : إفراز جاز كل[1] ذلك . وتجوز قسمة الجص والنورة كيلاً ووزناً على القولين ، ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرصاً إن قلنا : القسمة بيع ، كما لا تباع خرصا . وإن قلنا : إفراز ، فإن كانت رطباً وعنباً ، جاز ، وإن كان غيرهما . فلا ، لأن الخرص لا يدخل غيرهما ، وإن كان بينهما أرض مزروعة ، فأرادا قسمة الأرض وحدها ، جاز ، وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر ، ويجيء على قول : القسمة بيع وجه مذكور في البيع ، وإن أرادا قسمة[2] الأرض وما فيها لم يجز إن اشتد الحب . أما إن جعلناها إفرازاً ، فلأنه قسمة مجهول ومعلوم ، وأما إن جعلناها بيعاً فلأنه بيع طعام وأرض بطعام وأرض ، وكذا لو كان بذراً بعد ، وإن كان قصيلاً . جاز . لأنه معلوم مشاهد . وإن أرادا قسمة ما فيها وحده . فكذا الحكم إن لم ينبت . أو اشتد الحب . لم يجز ، وإن كان

---

(١) في الأصل : لكل .

(٢) في احدى نسخ الظاهرية : اراد بالإفراد .

فصيلاً ، جاز . وإن طلب أحدهما قسمة الأرض ، وما فيها أو قسمة ما فيها وحده ، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي قال الشيخ أبو حامد وصاحبا « المهذب » و « التهذيب » : لا يجبر الممتنع، ولم يوجهوه بمقنع .

فرع

اقتسما ، ثم تقايلا ، إن قلنا : القسمة بيع . صحت الإقالة ، وعاد الشيوع ، وإلا فهي لاغية .

فرع

قسمة الملك عن الوقف إن قلنا : بيع ، لا يجوز ، وإن قلنا : إفراز ، جازت ، قال الروياني : وهو الاختيار .

قلت : هذا الذي اختاره الروياني هو المختار ، وهذا إذا لم يكن فيها رد ، أو كان رد من أصحاب الوقف ، فإن كان من صاحب الملك ، لم يجز ، لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف ، ذكره صاحب « المهذب » وغيره . والله أعلم

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم ، فلا يجوز على القولين ، لأن فيها تغيير شرط الواقف ، وقيل : يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا ، وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان وحده ، وخصصه بقولنا : الملك في الموقوف للموقوف عليه ، قال : فلو انقرض البطن الأول ، وصار الوقف للبطن الثاني ، انتقضت القسمة .

فصل

قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا

بعدها ، وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما ، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الأول ؟ قولان ، أظهرهما : الاشتراط ، وإليه مال المعتبرون ، وذكروا أنه المنصوص ، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الاصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة ، والصحيح الأول . وإذا اشترطنا [الرضى] بعد خروجها ، فصيغته أن يقولا : رضينا بهذه القسمة ، أو بما أخرجت القرعة ، أو بما جرى ، ولا يشترط لفظ البيع ، وإن قلنا : القسمة بيع ، وقيل : إن قلنا بيع ، اشترط لفظ البيع أو التمليك ، وقيل : لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى ، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولا: تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التمليك والتملك ، والمذهب الأول ، وحيث وجب الرضى ، فلا بد منه في الابتداء ، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة .

فصل

تقسم المنافع كما تقسم الأعيان ، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة (1) ، فإن كانت العين قابلة للقسمة ، فلا إجبار على المهايأة بحال ، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض وذاك بعضها ، أو يسكن هذا بعض الدار وذاك بعضها من غير أن يقسم الأرض ، وامتنع الآخر فلا اجبار ، فإن لم تكن العين قابلة للقسمة ، كالقناة والعبد والبهيمة والحمام ، فإن اتفقا فيها على المهايأة ، فذاك ، ثم قد يتفقان على من يبدأ ، وقيل : قد يتنازعان ، فيقرع ، وإن طلبها أحدهما ، وامتنع الآخر ، فوجهان أحدهما قاله ابن سريج : يجبر الممتنع ، كما في

---

(1) في الأصل : مشابهة .

قسمة الأعيان ، ولئلا يعطل على شريكه مضارة[1] ، فعلى هذا يبدأ بالقرعة ، وأصحهما : لا يجبر . ولو رضيا بالمهايأة ، ثم رجع المبتدىء بالانتفاع قبل استيفاء نوبته ، مكن ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة ، غرم نصف أجرة المثل ، وإن رجع بعد استيفاء نوبته ، فإن قلنا : لا إجبار على المهايأة مكن ، وغرم نصف الأجرة ، وإن قلنا بالإجبار لم يمكن ، بل يستوفي الأجرة مدته ، وإن استوفى الأول نوبته ، وامتنع الاخر من أن ينتفع ، ويستوفي نوبته ، فإن قلنا بالإجبار ، فهو مضيع حق نفسه ولا أجرة له ، وإن قلنا : لا إجبار ، فله ذلك ، وله نصف الأجرة على الأول[2] ، وكذا لو انهدمت الدار ، أو مات العبد بعد نوبة الأول ، فعليه نصف أجرة المثل ، وإن قلنا : لا إجبار وأصرا على النزاع في المهايأة ، فهل يبيع القاضي العين عليهما قطعاً للنزاع ؟ وجهان أصحهما لا ، وعلى هذا هل يتركان حتى يصطلحا ولا يؤجر عليهما ، أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما ؟ وجهان أصحهما : الثاني وهو الذي ذكره ابن كج والبغوي . ولو استأجر اثنان أرضاً ، وطلب أحدهما المهايأة ، وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار ، وإن أراد قسمتها ففي فتاوى القاضي حسين أنها جائزة على[3] قول ابن سريج . ثم اذا اقتسما ،وحدث بنصيب أحدهما عيب ، فله الفسخ . قال القاضي : وينبغي أن يقال : لشريكه الفسخ أيضاً . ولو طلب أحدهما هذه القسمة ، وامتنع الآخر حكي في إجباره وجهان .

فرع

إذا جرت المهايأة في عبد مشترك بين مالكين ، أو فيمن بعضه حر

---

(١) في الأصل : معارة .
(٢) في الأصل : الأولى .
(٣) في الأصل : وعلى .

بينه وبين مالك باقيه ، فالأكساب العامة ، والمؤن العامة ، كالنفقة تدخل في المهايأة ، وفي الأكساب النادرة ، كما يقبله بهبة أو وصية ، وفي المؤن النادرة ، كأجرة الطبيب والحجام خلاف سبق في كتاب اللقطة ومواضع، والأظهر دخولها أيضاً . وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة مياومة .

فرع

لا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً ، وهذا يوماً، ولا في الشجرة المثمرة ، ليكون ثمرها لهذا عاماً [ولهذا عاماً] لما فيه من التفاوت الظاهر .

: طريقها والحالة هذه أن يبيح كل واحد نصيبه لصاحبه مـدة . والله أعلم

فصل

جماعة في أيديهم دار أو أرض ، طلبوا من القاضي قسمتها بينهم ، فإن أقاموا بينة أنها ملكهم ، أجابهم إلى القسمة ، وإن لـم يقيموها ، فطريقان ، أصحهما قولان ، أحدهما : لا يجيبهم ، فربما كانت في أيديهم بإجارة أو إعارة ، فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي . والثاني : يجيبهم ، لأن اليد تدل على الملك ، لكن يكتب أنه إنما قسم بينهم بدعواهم ، لئلا يتمسكوا بقسمته . وحكى السرخسي وجهاً أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد ، والطريق الثاني القطع بالقول الأول . وبه قال ابن سلمة ، وإذا قلنا بالقولين ، فأظهرهما عند الإمام ، وابن الصباغ . والغزالي : الثاني ، وعند الشيخ أبي حامد وطبقته : الأول ، ويدل عليه أن الشافعي رحمه الله لما ذكر القول الثاني ، قال : ولا يعجبني هذا القول .

قلت : المذهب أنه لا يجيبهم . والله أعلم

هذا في العقار ، وأما المنقول ، فالمذهب أنه كالعقار أيضاً ، وقيل: يقسم قطعاً بلا بينة ، لأن العقار يتأبد ضرره ، فيخص بالاحتياط ، ولهذا[1] تثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة ، وامتنع الآخرون، واتفقوا جميعاً على الملك ، فهل يقسم القاضي ؟ فيه هذا الخلاف . وإذا شرطنا البينة ، قبل رجل وامرأتان ، قال ابن كج : ولا يقبل شاهد ويمين، لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول ، وقال ابن أبي هريرة : تقبل .

فصل

في مسائل منثورة إذا كانت القسمة بالإجبار والقاسم على ولايته، فقوله : قسمت مقبول ، كقول الحاكم : حكمت وهو في ولايته ، وإن لم يكن كذلك ، لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين ؟ وجهان الأصح المنع ، والثاني ـ وهو قول الاصطخري ـ [تسمع] إن لم يطلب أجرة . وإذا تقاسما ، ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض ، فقال كل واحد : هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا ، ونقضت القسمة ، قال الشيخ أبو حامد : فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه ، فهو المصدق بيمينه . وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه ، فله فسخ القسمة .

فرع

الديون المشتركة في ذمم الناس أطلق مطلقون ، منهم صاحب « العدة » أنه يمتنع قسمتها ، وقال السرخسي : إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به ، فهل يختص إذا قبض ؟ قولان أظهرهما المنع ، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا ، وما في ذمة عمرو لهذا ، فطريقان أحدهما على هذين القولين ، والثاني

---

(1) في الأصل : وهذا .

وهو المذهب القطع بالمنع ، لأن القسمة إن جعلت بيعاً فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى ، وإن جعلت إفرازاً فإفراز ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه ، ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال ، والقول في قسمة الجدار وعرضه ما سبق في كتاب الصلح وبالله التوفيق .

* * *

كتاب الشهادات

فيه ستة أبواب :

الأول فيما يفيد[1] أهلية الشهادة . ولها شروط ، منها التكليف والحرية والاسلام ، فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون ، ولا من فيه رق ، ولا كافر ما ، سواء شهد على مسلم أو كافر . الشرط الرابع العدالة . فالمعاصي صغائر وكبائر ، وقال الأستاذ أبو إسحاق : ليس فيها صغيرة . والصحيح الأول ، وفي حد الكبيرة أوجه أحدها : أنها المعصية الموجبة لحد ، والثاني : أنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة ، وهذا أكثر ما يوجد لهم ، وهم إلى ترجيح الأول أميل ، لكن الثاني أوفق لما ذكروه عند تفصيل الكبائر ، والثالث ما قاله الإمام في « الارشاد » وغيره : كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة ، فهي مبطلة للعدالة . والرابع قال أبو سعد الهروي : الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريمه ، أو وجب في جنسه حد من قتل أو غيره ، وترك فريضة تجب على الفور ، والكذب في الشهادة والرواية واليمين . هذا ما ذكروه على سبيل الضبط . وفصله جماعة ، فعدوا من الكبائر القتل والزنى واللواط ، وشرب قليل الخمر ، والسرقة ، والقذف ، وشهادة الزور ، وغصب المال ، وشرط الهروي في المغصوب كونه نصاباً ، والفرار من الزحف ، وأكل الربا ومال اليتيم ، وعقوق

---

(1) في الأصل : يفسد .

الوالدين ، والكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم عمداً ، وكتمان الشهادة بلا عذر • وأضاف إليها صاحب « العدة » الإفطار في رمضان بلا عذر ، واليمين الفاجرة ، وقطع الرحم ، والخيانة في كيل أو وزن ، وتقديم الصلاة على وقتها ، أو تأخيرها عنه بلا عذر ، وضرب مسلم بلا حق ، وسب الصحابة رضي الله عنهم ، وأخذ الرشوة ، والدياثة والقيادة من الرجل والمرأة ، والسعاية عند السلطان ، ومنع الزكاة ، وترك الأمر بالمعروف . والنهي عن المنكر مع القدرة ، ونسيان القرآن ، وإحراق الحيوان . وامتناعها من زوجها بلا سبب ، واليأس من رحمة الله والأمن من مكر الله تعالى ، ويقال : الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن • ومما عد من الكبائر الظهار ، وأكل لحم الخنزير والميتة بلا عذر ، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال ، كقطع الرحم ، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقها . ونسيان القرآن ، وإحراق مطلق الحيوان • وقد أشار الغزالي في « الإحياء » إلى مثل هذا التوقف ، وفي « التهذيب » وجه أن ترك صلاة واحدة ليس كبيرة ، ولا ترد به شهادة حتى يعتاده •

قلت : قد روى أبو داود والترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عرضت علي ذنوب أمتي ، فلم أر ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرئها رجل ، ثم نسيها » لكن في إسناده ضعف ، وتكلم فيه الترمذي • ومن الكبائر السحر ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله من السبع الموبقات ونقل المحاملي[1] في كتاب الحيض من « مجموعه » أن الشافعي رحمه الله تعالى قال :

---

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي البغدادي إمام جليل ، له تصانيف مشهورة في الفقه الشافعي منها «المجموع» و «المقنع» و « اللباب » وغيرها توفي سنة ٤١٥ هـ .

الوطء في الحيض كبيرة ، وفي صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل النميمة كبيرة . والله أعلم

قال صاحب «العدة» : ومن الصغائر النظر الى مالا يجوز ، والغيبة ، والكذب الذي لاحد فيه ولا ضرر ، والإشراف على بيوت الناس ، وهجرة المسلم فوق ثلاث ، وكثرة الخصومات وإن كان محقاً ، والسكوت على الغيبة والنياحة والصياح وشق الجيب في المصيبة ، والتبختر في المشي ، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم ، والصلاة المنهي عنها في أوقات النهي ، والبيع والشراء في المسجد ، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه ، وإمامة قوم يكرهونه لعيب فيه ، والعبث في الصلاة ، والضحك [فيها] ، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة ، والكلام والإمام يخطب ، والتغوط مستقبل القبلة ، وفي طريق المسلمين ، وكشف العورة في الحمام ، ولك أن تقول : وكثرة خصومات المحق ينبغي أن لا تكون معصية إذا راعى حد الشرع ، وتخطي الرقاب ، فإنه معدود من المكروهات لا محرم ، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأظهر .

قلت : المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه ، والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي ، وأن البيع والشراء في المسجد وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إياه ، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب ، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق . ومن الصغائر القبلة للصائم الذي يحرك لشهوة ، والوصال في الصوم على الأصح ، والاستمناء وكذا مباشرة أجنبية بغير جماع ، ووط الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية ، الخلوة بالأجنبية ، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم ، ولا نسوة

ثقات ، والنجش[1] والاحتكار ، والبيع على بيع أخيه ، وكذا السوم والخطبة ، وبيع الحاضر للبادي ، وتلقي الركبان ، والتصرية ، وبيع المعيب من غير بيانه ، واتخاذ الكلب الذي لايحل اقتناؤه ، وإمساك الخمر غير المحترمة ، وبيع العبد المسلم لكافر ، وكذا المصحف وسائر كتب العلم ، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة ، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح ، وأشباه هذه والله أعلم

إذا تقرر هذا فقال الأصحاب : يشترط في العدالة اجتناب الكبائر ، فمن ارتكب كبيرة واحدة ، فسق ، وردت شهادته ، وأما الصغائر ، فلا يشترط اجتنابها بالكلية ، لكن يشترط أن لايصر عليها ، فإن أصر كان الإصرار كارتكاب كبيرة ، وهل الإصرار السالب للعدالة المداومة على نوع من الصغائر ، أم الإكثار من الصغائر ، سواء كان من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان ، ويوافق الثاني قول الجمهور أن من غلبت طاعته معاصيه . كان عدلاً ، وعكسه فاسق ، ولفظ الشافعي رحمه الله في « المختصر » يوافقه ، فعلى هذا لاتضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات ، وعلى الأول يضر .

فرع

اللعب بالشطرنج مكروه ، وقيل : مباح لاكراهة فيه ، ومال الحليمي إلى تحريمه ، واختاره الروياني ، والصحيح الأول ، فإن اقترن به قمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمداً ، ردت شهادته بذلك المقارن[2] وإنما يكون قماراً إذا شرط المال من الجانبين ، فإن أخرج

---

(1) في الأصل : والنجس . والنجش : أن يزيد في سلعة أكثر من ثمنها . وليس قصده أن يشتريها . بل ليغر غيره . فيوقعه فيه .
(2) في الأصل : القارن .

أحدهما ليبذله إن غلب . ويمسكه إن غلب ، فليس بقمار ، ولا ترد به شهادة ، لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال ، فلا يصح . ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمداً ، لكن شغله اللعب به حتى خرج وهو غافل ، فإن لم يتكرر ذلك منه ، لم ترد شهادته ، وإن كثر منه فسق وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها ناسياً مراراً ، لأنه هنا شغل نفسه بما فاتت به الصلاة هكذا ذكروه ، وفيه إشكال لما فيه من تعصية[1] الغافل اللاهي ، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات ، وأشار الروياني إلى وجه أنه يفسق وإن لم يتكرر ، وفي « المهذب » اشتراط التكرر في إخراجها عن الوقت وإن كان عالماً وهو خلاف ما سبق أن إخراج الفريضة عن الوقت عمداً كبيرة . وأما اللعب بالنرد ففي وجه مكروه والصحيح تحريمه ، فعلى هذا قال الشيخ أبو محمد : هو صغيرة ، قال الإمام : والصحيح أنه من الكبائر ، قال في « الأم » وأكره اللعب بالحزة والقرق ، فالحزة : قطع خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى صغار يلعب بها وقد تسمى الأربعة عشر ، والقرق : أن يخط في الأرض خط مربع ، ويجعل في وسطه خطان كالصليب ، ويجعل على رؤوس الخطوط حصى صغار يلعب بها . وهذه اللفظة رأيتها بخط الروياني بفتح القاف والراء ، وضبطها بعضهم بكسر القاف وإسكان الراء ، قال في « الشامل » اللعب بهما كالنرد وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه كالشطرنج .

فرع

إتخاذ الحمام للفرخ والبيض ، أو الأنس ، أو حمل الكتب جائز بلا كراهة ، وأما اللعب بها بالتطيير والمسابقة ، فقيل : لايكره ،

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : معصية .

والصحيح أنه مكروه ، ولا ترد الشهادة بمجرده ، فإن انضم إليه قمار ونحوه ردت .

فرع

غناء الإنسان قد يقع بمجرد صوته ، وقد يقع بآلة ، أما القسم الأول فمكروه وسماعه مكروه ، وليسا محرمين ، فإن كان سماعه من أجنبية فاشد كراهة ، وحكى القاضي أبو[1] الطيب تحريمه وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة ، فإن كان في السماع منها خوف فتنة . فحرام بلا خلاف ، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة ، وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يحرم كثير السماع دون قليله، ووجه أنه يحرم مطلقاً ، والصحيح الأول ، وهو المعروف للأصحاب . وأما الحداء ، وسماعه ، فمباحان ، وأما تحسين الصوت بقراءة القرآن ، فمسنون ، وأما القراءة بالألحان . فقال في « المختصر » : لا بأس بها وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي أنها مكروهة، قال جمهور الأصحاب: ليست على قولين ، بل المكروه أن يفرط في المد وفي إشباع الحركات حتى تتولد من الفتحة ألف ، ومن الضم واو ، ومن الكسرة ياء ، أو يدغم في غير موضع الإدغام ، فإن لم ينته إلى هذا الحد ، فلا كراهة، وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يكره وإن أفرط .

قلت : الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور ، فهو حرام ، صرح به صاحب « الحاوي » فقال : هو حرام يفسق به القارىء ، ويأثم المستمع ، لأنه عدل به عن لهجة التقويم ، وهذا مراد الشافعي بالكراهة. ويسن ترتيل القراءة وتدبرها ، والبكاء عندها ، وطلب القراءة

---

(١) في الأصل : أبي .

من حسن الصوت ، والجلوس في حلق القراءة ولا بأس[1] بترديد الآية للتدبر ، ولا باجتماع الجماعة في القراءة ، ولا بإدارتها وهو أن يقرأ بعض الجماعة قطعة ، ثم البعض قطعة بعدها ، وقد أوضحت هذا كله وما يتعلق به من النفائس في « آداب حملة القرآن » . والله أعلم

القسم الثاني : أن يغني ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شاربي الخمر وهو مطرب كالطنبور والعود والصنج وسائر المعازف والأوتار يحرم استعماله واستماعه . وفي اليراع وجهان صحح البغوي التحريم والغزالي الجواز ، وهو الأقرب . وليس المراد من اليراع كل قصب بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف .

قلت : الأصح أو الصحيح تحريم اليراع ، وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشبابة وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي كتاباً في تحريم اليراع مشتملاً على نفائس ، وأطنب في دلائل تحريمه . والله أعلم

أما الدف ، فضربه مباح في العرس والختان ، وأما في غيرهما ، فأطلق صاحب « المهذب » والبغوي وغيرهما تحريمه ، وقال الإمام والغزالي : حلال : وحيث أبحناه هو فيما إذا لم يكن فيه جلاجل ، فإن كان ، فالأصح حله أيضاً . ولا يحرم ضرب الطبول إلا الكوبة ، وهو طبل طويل متسع الطرفين ضيق الوسط ، وهو الذي يعتاد ضربه المخنثون ، والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار ، فهي كالدف ، وليست كالكوبة بحال ، والضرب بالصفاقتين[2] حرام ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره ، لأنه من عادة المخنثين ،

---

(١) في الأصل : لابأس .

(٢) في الأصل : بالصفاقين .

وتوقف فيه الإمام ، لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة • وفي تحريم الضرب بالقضيب على الوسائد وجهان ، قطع العراقيون بأن مكروه لا حرام ، والرقص ليس بحرام ، قال الحليمي : لكن الرقص الذي فيه تثن وتكسر يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء •

فرع

إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه جائز ، فلو هجا الشاعر في شعره ولو بما هو صادق فيه ردت شهادته ، وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشئه ، ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح ، وقال ابن كج : ليس التعريض هجواً ، وترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش ويشبب بامرأة بعينها ، أو يصف أعضاء باطنة . فإن شبب بجاريته أو زوجته ، فوجهان ، أحدهما : يجوز ولا ترد شهادته ، وهذا القائل يقول : إذا لم تكن المرأة معينة،لاترد شهادته لاحتمال أنه يريد من تحل له ، والصحيح أن ترد شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء ، لسقوط مروءته • ولو كان يشبب بغلام . ويذكر أنه يعشقه ، قال الروياني : يفسق وإن لم يعينه . لأن النظر إلى الذكور بالشهوة حرام بكل حال • وفي « التهذيب » وغيره اعتبار التعيين في الغلام كالمرأة • وإن كان يمدح الناس ويطري ، نظر إن أمكن حمله على ضرب مبالغة ، جاز ، وإن لم يكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً ، فالصحيح الذي عليه الجمهور وهو ظاهر نصه أنه كسائر أنواع الكذب ، فترد شهادته إن كثر منه ، وقال القفال ، والصيدلاني : لا يلحق بالكذب ، لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً بخلاف الشاعر ، فعلى هذا لافرق بين قليله وكثيره، وهذا حسن بالغ ، وينبغي أن يقال على قياسه : إن التشبيب بالنساء والغلمان بغير تعيين لايخل بالعدالة وإن كثر منه ، لأن التشبيب صنعة ، وغرض الشاعر تحسين الكلام لاتحقيق المذكور ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمى امرأة لايدري من هي •

فرع

ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة ، لكونه خارماً[1] للمروءة فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام ، ردت شهادته وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم ، لما فيه من ترك المروءة ، وكذا من داوم على الغناء أو سماعه وكان يأتي الناس ويأتونه ، أو اتخذ جارية أو غلاماً ليتغنيا للناس ، وكذا المداومة على الرقص ، وضرب الدف ، وكذا إنشاد الشعر ، واستنشاده إذا أكثر منه ، فترك به مهماته ، كان خارماً للمروءة ، ذكره الإمام ، قال : وكذا لو كان الشاعر يكتسب بشعره . والمرجع في المداومة والإكثار إلى العادة ، ويختلف الأمر فيه بعادات النواحي والبلاد ، ويستقبح من شخص قدر لايستقبح من غيره ، وللأمكنة فيه أيضاً تأثير ، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مراراً لايكون كاللعب به في سوق مرة على ملإٍ من الناس ، وهل يقال على هذا : لما استمرت العادة أن الشاعر يكتسب بشعره وعهد صنعة الغناء حرفة ومكسباً ، فالاشتغال به ممن يليق بحاله، لايكون تركاً للمروءة ؟ وكلام الأصحاب محمول على ما لايليق به ، وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص .

فرع

ماحكمنا بتحريمه في هذه المسائل، كالنرد وسماع الأوتار، ولبس الحرير ، والجلوس عليه ونحوها ، هل هو من الكبائر فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر ، فيعتبر المداومة والإكثار ؟ وجهان يميل كلام الإمام إلى أولهما ، والأصح الثاني ، وهو المذكور في « التهذيب » وغيره . وزاد الإمام ، فقال : ينظر إلى عادة البلد والقطر ، فحيث يستعظمون[2] النرد وسماع الأوتار ترد الشهادة بمرة واحدة ، لأن

---

(١) في الأصل : خارقا .

(٢) في الأصل : يستعملون .

الإقدام في مثل تلك الناحية لايكون إلا من جسور منحل عن ربقة المروءة ، فتسقط الثقة بقوله ، وحيث لايستعظمونه لايكون مطلق الإقدام مشعراً بترك المبالاة ، وسقوط المروءة ، وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة •

فرع

الخمر العينية لم يشبها[1] ماء ولا طبخت بنار محرمة بالإجماع ، ومن شربها عامداً عالماً بحالها ، حد وردت شهادته ، سواء شرب قدراً يسكره أم لا . قال أصحابنا العراقيون : وكذا حكم بائعها ومشتريها في رد شهادتهما ، ولا ترد الشهادة بإمساكها ، لأنه قد يجوز أن يقصد به التخلل أو التخليل ، وأما المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه، وسائر الأنبذة ، فإن شرب منها القدر المسكر ، حد وردت شهادته ، وإن شرب قليلاً وهو يعتقد إباحته كالحنفي ، ففيه أوجه ، الأصح المنصوص : يحد ، ولا ترد شهادته ، والثاني : ترد ويحد ، والثالث : لا ترد ولا يحد . واحتج الأصحاب للأصح بأن الحد إلى الإمام ، فاعتبر اعتقاده . والشهادة تعتمد اعتقاد الشاهد ، ولهذا لو غصب جارية ووطئها معتقداً أنه يزني بها ، فبان أنها ملكه ، فسق وردت شهادته ، ولو وطىء جارية غيره يعتقدها جاريته ، لم ترد شهادته ، ولأن الحد للزجر . والنبيذ يحتاج إلى زجر ، ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله . ولا يوجد ذلك إذا لم يعتقد التحريم ، وأما إذا شربه من يعتقد تحريمه، فالمذهب أنه يحد ، وترد شهادته ، وعن القفال أن من نكح بلا ولي ووطىء . لاترد شهادته إن اعتقد الحل ، وترد إن اعتقد التحريم ، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات . ولكن عن نص الشافعي رحمه الله أنه

---

(1) في الأصل : التي يشربها ماء

لاترد شهادة مستحل نكاح المتعة والمفتي به والعامل به[1] ونقل القاضي أبو الفياض مثله .

قلت : قال ابن الصباغ : قال في « الأم » إذا أخذ من النثار في الفرح لاترد شهادته ، لأن من الناس من يحل ذلك ، وأنا أكرهه ، قال في « الأم » : ومن ثبت أنه يحضر الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة، ولا يستحل صاحب الطعام ، وتكرر ذلك منه ، ردت شهادته ، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية ، وإن كانت دعوة سلطان ، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام ، فلا تأثير به . قال ابن الصباغ : وإنما اشترط تكرر ذلك ، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام ، فإذا تكرر ، صار دناءة ، وقلة مروءة . والله

الشرط الخامس : المروءة ، وهي التوقي عن الأدناس ، فلا تقبل شهادة من لامروءة له ، فمن ترك المروءة لبس مالا يليق بأمثاله بأن لبس الفقيه القباء والقلنسوة ويتردد فيهما في بلد لم تجر عادة الفقهاء بلبسهما فيه ، أو لبس التاجر ثوب الجمال ، أو تعمم الجمال[2] وتطلس ، وركب بغلة مثمنة ، وطاف في السوق ، واتخذ نفسه ضحكة، ومنه المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن الشخص سوقياً ممن يليق به مثله ، وكذا مد الرجل بين الناس ، والأكل في السوق والشرب من سقاياتها إلا أن يكون الشخص سوقياً ، أو شرب لغلبة عطش ، ومنه أن يقبل امرأته أو جاريته بحضرة الناس ، أو يحكي ما يجري بينهما في الخلوة ، أو يكثر من الحكايات المضحكة ، أويخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين ، ويضايق في اليسير[3]

---

(١) انظر « الأم » ٦/٢١١

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : الحمال .

(٣) في الأصل : اليسر .

الذي لايستقصى فيه ، ومنه الإكثار على اللعب بالشطرنج والحمام والغناء على ما سبق ، ومنه أن يتبذل الرجل المعتبر نفسه بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح ، فإن فعله استكانة ، واقتداء بالسلف التاركين للتكلف ، لم يقدح ذلك في المروءة ، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلف المعتاد ، وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق ، وظهور مخايل الصدق فيما يبديه ، وقد يؤثر فيه الزي واللبسة • وفي قبول شهادة أهل الحرف الدنيئة كحجام وكناس ودباغ وقيم حمام وحارس ونخال وإسكاف وقصاب ونحوهم وجهان ، أصحهما : القبول ، وفي الحائك الوجهان ، وقيل : [يقبل قطعاً] وقيل : يقبل من لايحتاج إلى مباشرة نجاسة أو قذر كالحائك والنخال والحارس دون غيرهم ، وفي الصباغ والصائغ طريقان ، أحدهما : طرد الوجهين ، والمذهب القبول قطعاً ، لكن من أكثر منهم ، ومن سائر المحترفة كذباً وخلفاً في الوعد ، ردت شهادته ، ولذلك قال الغزالي : الوجهان في أصحاب الحرف هما فيمن يليق به ، وكان ذلك صنعة آبائه ، فأما غيره ، فتسقط مروءته بهما ، وهذا حسن،ومقتضاه أن يقال : الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس، بطلت مروءتهما بخلاف العكس •

قلت : لم يتعرض الجمهور لهذا القيد ، وينبغي أن لايقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل يليق به هو أم لا **والله أعلم** •

ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها ، واتخذوا لها ثياباً طاهرة ، وإلا فترد شهادتهم بالفسق •

فرع

من ترك السنن الراتبة ، وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً ، لاترد شهادته ، ومن اعتاد تركها ، ردت شهادته لتهاونه بالدين وإشعار

هذا بقلة مبالاته بالمهمات ، وحكى أبو الفرج في غير الوتر وركعتي الفجر وجهان أنه لا ترد شهادته باعتياد تركها .

فرع

نص أن مستحل الأنبذة إن أدام المنادمة عليها ، والحضور مع أهل السفه ، ردت شهادته لطرحه المروءة ، وتقبل شهادة الطوافين على الأبواب ، وسائر السؤال إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة وهو غير محتاج ، أو يأخذ مالا يحل له أخذه ، فيفسق . ومقتضى الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف رد شهادته لدلالته على خسته.

الشرط السادس الانفكاك عن التهمة ، وللتهمة أسباب ، الأول أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ، أو يدفع بها ضراً ، فلا تقبل شهادة السيد لعبده المأذون له ، ولا لمكاتبه بدين ولا عين ، ولا شهادة الوارث لمورثه ، ولا الغريم للميت ، والمفلس المحجور عليه، وتقبل شهادته لغريمه الموسر، وكذا المعسر قبل الحجر عليه على الأصح ، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بالأداء ، ولا الإبراء ، ولا الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصي والقيم في محل تصرفهما ، ولا الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه ، بأن يقول : هذه الدار بيننا ، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه ، ولا تقبل شهادته لشريكه ببيع الشقص ، ولا للمشتري من شريكه ، لأنها تتضمن إثبات الشفعة لنفسه ، فإن لم يكن فيه شفعة بأن كان مما لا ينقسم، قال الشيخ أبو حامد : تقبل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد ، ولو شهد أن زيداً جرح مورثه ، لم يقبل للتهمة . ولو شهد بمال آخر لمورثه المجروح ، أو المريض إن يشهد بعد الاندمال ، قبلت قطعاً ، وكذا قبله على الأصح .

فرع

ذكر القاضي أبو سعد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي رحمه الله أنه لاتقبل شهادة المودع للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبي، لأنه يستديم اليد لنفسه، ويقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن لايقبل للراهن، ويقبل للأجنبي، وإن شهادة الغاصب على المغصوب منه بالعين لأجنبي لاتقبل لفسقه، ولتهمته بدفع الضمان، ومؤنة الرد، فإن شهد بعد الرد، قبلت شهادته، وإن شهد بعد التلف، لم تقبل. لأنه يدفع الضمان، وإن شهادة المشتري شراء فاسداً بعد القبض لا تقبل للأجنبي لما ذكرنا، وإن شهادة المشتري شراء صحيحاً بعد الإقالة، والرد بالعيب، لاتقبل للبائع، لأنه يستبقي لنفسه الغلات، وإن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع • ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط أو المجلس، فوجهان بناء على أنه يرفع العقد من أصله، وترجع الفوائد إلى البائع أم حينه[1] ولا يرجع، وأنه لو كان لميت دين على شخص، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لاخر بأنه إبنه، لم تقبل شهادة الغريمين، لأنهما ينقلان ما عليهما للأخ إلى الاخر بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين، وأنه لاتقبل شهادة الوارثين على موت المورث، ولا شهادة الموصى لهما على الموصي، وتقبل شهادة الغريمين على موت من له الدين، لأنهما لاينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظر إلى نقل الحق من شخص إلى شخص، لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو، ولو شهد شهود بقتل الخطإ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يدفعان ضرر التحمل • ولو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الآخرون

---

(١) في احدى نسخ الظاهرية : من حينه .

بفسقهما . لم تقبل شهادتهم ، لأنهم يدفعون عنه ضرر المزاحمة ، ولو شهد اثنان لاثنين بوصية من تركة ، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية للشاهدين ، فوجهان ، أحدهما : لاتقبل الأربعة ، لتهمة المواطأة، بوصية للشاهدين ، فوجهان ، أحدهما لاتقبل الأربعة ، لتهمة المواطأة، والصحيح قبول الشهادتين ، لانفصال كل شهادة عن الأخرى ، ولا يجر بشهادته نفعاً ، ولهذا قلنا : تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم : أخذ مالي فلان ، ولم يقل : أخذ مالنا .

السبب الثاني : البعضية ، فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع . وروى ابن القاص قولاً قديماً أنها تقبل ، واختاره المزني ، وابن المنذر ، والمشهور الأول ، ولا تقبل لمكاتب ولده أو والده ، وما دونهما . ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما أو طلقها أو خالعها ، ففي قبول شهادتهما قولان ، الجديد الأظهر : القبول . ولو ادعت الطلاق ، فشهد لها ابناها ، لم يقبل ، ولو شهدا حسبة ابتداء ، قبلت ، وكذا في الرضاع ، ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنى ، فإن سبق من الابن قذف ، فطولب بالحد ، فحاول إقامة البينة لدفعه ، لم يقبل، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد ، وشهد الأب حسبة ، قبلت شهادته .

فرع

في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو [بعدما اشتراه عمرو] من زيد صاحب اليد وقبضه، وطالبه بالتسليم، فأنكر زيد جميع ذلك ، فشهد ابناه للمدعي بما يقوله ، فقولان حكاهما أبو سعد الهروي، أحدهما : لايقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما ، وأظهرهما القبول ، لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي وهو أجنبي .

فرع

تقبل شهادة الوالد على الولد ، وعكسه ، سواء شهد بمال أو

عقوبة ، وقيل : لاتقبل شهادته على الوالد بقصاص أو حد قذف ؛ والصحيح الأول ، ومن شهد لولد . أو والد وأجنبي ؛ قبلت للأجنبي في الأصح أو الأظهر •

فرع

في حبس الوالدين بدين الولد أوجه ؛ الأصح المنع قال الإمام : وإليه صار معظم أئمتنا ؛ والثالث : يحبس في نفقة ولده ، ولايحبس في ديونه ؛ حكاه الإمام ؛ واختاره ابن القاص ؛ وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس •

فرع

تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر ، وقيل قطعاً . وفي قول لا ؛ وفي قول[1] شهادة الزوج لها دون عكسه • وتقبل شهادة أحدهما على الآخر إلا أنه لايقبل شهادته عليها بزنى ؛ لأنه دعوى خيانتها فراشه •

السبب الثالث : العداوة ؛ فلا تقبل شهادة عدو على عدوه ؛ والعداوة التي ترد بها الشهادة أن تبلغ حداً يتمنى زوال نعمته ، ويفرح لمصيبته ، ويحزن لمسرته ، وذلك قد يكون من الجانبين ، وقد يكون من أحدهما ، فيخص برد شهادته على الآخر • وإن أفضت الشهادة إلى ارتكاب ما يفسق به ؛ ردت شهادته على الإطلاق • ولو عادى من يريد أن يشهد عليه ؛ وبالغ في خصومته ، فلم يجبه ، وسكت عنه ، ثم شهد عليه ؛ قبلت شهادته ، لأنا لو لم نقبلها لاتخذ[2] الخصوم ذلك ذريعة الى إسقاط الشهادة • هكذا حكاه الروياني عن القفال ، وذكره جماعة ، منهم البغوي في كتاب اللعان أن شهادة المقذوف على قاذفه قبل طلب

---

(١) في الأصل : قبول .
(٢) في الأصل : الا تخذ .

الحد مقبولة ، وبعده لاتقبل ، لظهور العداوة ، وأنه لو شهد بعد الطلب ، ثم عفا وأعاد تلك الشهادة ، لم تقبل كالفاسق إذا شهد، ثم تاب وأعاد تلك الشهادة ، وأنه لو شهد قبل الطلب ، ثم طلب قبل الحكم ، لم يحكم بشهادته ، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم ، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره أن الشافعي رحمه الله صور العداوة الموجبة للرد فيما إذا قذف رجل رجلاً ، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه ، وأخذ ماله ، فيقال : يصيران[1] عدوين ، فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر ، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة ، ولم يتعرض لطلب الحد ، قال الروياني : لعل القفال أراد غير صورة القذف ، ثم على ما ذكره البغوي الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد ، بل بأن يظهر العداوة ، ولا شك أنه لو شهد على رجل ، فقذفه المشهود عليه ، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته ، نص عليه .

فرع

العداوات الدينية لاتوجب رد الشهادة ، بل يقبل للمسلم على الكافر[2] والسني على المبتدع ، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لاترد شهادته عليه . ولو قال عالم ناقد : لاتسمعوا[3] الحديث من فلان ، فإنه مخلط ، أو لاتستفتوه ، فإنه لايعرف الفتوى ، لم ترد شهادته ، لأن هذا نصيحة للناس ، نص عليه .

فرع

تقبل شهادة العدو لعدوه إذ لاتهمة .

فرع

العصبية أن يبغض الرجل لكونه من بني فلان ، فإن انضم إليها

---

(١) في الأصل : يصيرين .
(٢) في نسخ الظاهرية : بل تقبل شهادة المسلم على كافر . .
(٣) في الأصل : لاتسمعون .

دعاء الناس ، وتآلفهم[1] للإضرار به والوقيعة فيه ، اقتضى رد شهادته عليه، ومجرد هذا لا يقتضيه ، وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه وعترته، فتقبل شهادته لهم ، وشهادتهم له ، وتقبل شهادته لصديقه وأخيه وإن كان يصله ويبره .

فرع

في شهادة المبتدع . جمهور الفقهاء من أصحابنا وغيرهم لا يكفرون أحداً من أهل القبلة ، لكن اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم ، ويقولون : ما يعلم الأشياء حتى يخلقها ، ونقل العراقيون عنه تكفير الناهين للرؤية والقائلين بخلق القرآن ، وتأوله الإمام ، فقال : ظني أنه ناظر بعضهم ، فألزمه الكفر في الحجاج ، فقيل : إنه كفرهم .

قلت : أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات ، فلا شك فيه ، وأما من نفى الرؤية أو قال بخلق القرآن ، فالمختار تأويله ، وسننقل إن شاء الله تعالى عن نصه في « الأم » ما يؤيده ، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن ، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي رضي الله عنه وآخرون تأويلات متعارضة ، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة ، وتحتم الخلود في النار . وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ ، واستدلوا بأنهم [لم] يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة ، ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك . **والله أعلم**

ثم من كفر من أهل البدع لا تقبل شهادته ، وأما من لا يكفره من أهل البدع والأهواء ، فقد نص الشافعي رحمه الله في « الأم » و « المختصر » على قبول شهادتهم إلا الخطابية وهم قوم يرون جواز

(١) في الأصل : وبالفهم .

شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول : لي على فلان كذا ، فيصدقه بيمين أو غيرها ، ويشهد له اعتماداً على أنـه لا يكذب هذا نصـه . وللأصحاب فيه ثلاث فرق : فرقة جرت على ظاهر نصه ، وقبلت شهادة جميعهم ، وهذه طريقة الجمهور ، منهم ابن القاص ، وابن أبي هريرة ، والقضاة ابن كج ، وأبو الطيب ، والروياني ، واستدلوا بأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم مايسقط الثقة بقولهم ، وقبل هؤلاء شهـادة من سب الصحابة والسلف رضي الله عنهم ، لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لاعن عداوة وعناد ، قالوا : ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال : سمعت فلاناً يقر بكذا لفلان، أو رأيته أقرضه[1] ، قبلت شهادته . وفرقة منهم الشيخ أبو حـامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع ، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم ، وقالوا : هم بالرد أولى من الفسقة.وفرقة ثالثةتوسطوا، فردوا شهادة بعضهم دون بعض ، فقال أبو إسحاق : من أنكر إمامـة أبي بكر رضي الله عنه ، ردت شهادته لمخالفته الإجماع ، ومن فضـل علياً على أبي بكر رضي الله عنهما لم ترد شهادته ، ورد الشيخ أبومحمد شهادة الذين يسبون الصحابة ،ويقذفون عائشةرضي الله عنها،فإنهامحصنة كما نطق به القرآن ، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والبغوي ، وهو حسن . وفي « الرقم » أن شهادة الخوارج مردودة لتكفيرهم أهـل القبـلة .

قلت : الصواب ما قالتـه الفرقة الأولى وهو قبول شـهادة الجميع ، فقد قال الشافعي رحمه الله في « الأم » : ذهب الناس فيتأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً ، واستحل بعضهم

(١) في الأصل : اقرضته .

من بعض ماتطول حكايته . وكان ذلك متقادماً ، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم ، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به ، ولا من بعدهم[1] [من] التابعين رد شهادة أحد بتأويل . وإن خطأه وضلله ، ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه ، فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله . وإن بلغ فيه استحلال المال والدم . هذا نصه بحروفه وفيه التصريح بما ذكرنا ، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن . ولكن قاذف عائشة [رضي الله عنها] كافر ، فلا تقبل شهادته . ولنا وجه [أن] الخطابي لاتقبل شهادته وإن بين مايقطع، لاحتمال اعتقاده . وقول صاحبه . والله أعلم

السبب الرابع : الغفلة ، وكثرة الغلط ، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لايحفظ ، ولا يضبط . فإن شهد مفسراً ، وبين وقت التحمل ومكانه ، فزالت الريبة عن شهادته ، قبلت ، ولا تقبل شهادة من كثر غلطه ونسيانه . وأما الغلط اليسير ، فلا يقدح في الشهادة ، لأنه لايسلم منه أحد قال الإمام : ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة، فيحوج إلى الاستفصال كما سبق في آداب القضاء .

السبب الخامس : أن يدفع بالشهادة عن نفسه عار الكذب . فإن شهد فاسق . ورد القاضي شهادته . ثم تاب بشرط التوبة ، فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك ، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردت ، لم تقبل ، وقال المزني : تقبل . ولو شهد كافر أو عبد أو صبي ، فردت شهادته ، ثم كمل فأعادها ، قبلت ، لعدم تهمتهم بدفع العار بخلاف الفاسق ، فإن كان يخفي فسقه ، والرد يظهره ، فيسعى في دفع العار بإعادة الشهادة ، فلو كان معلناً بفسقه حين شهد ، ففي قبول شهادته

---

(١) في الأصل : بعد .

المعادة بعد التوبة وجهان ، أصحهما عند الأكثرين : لا يقبل أيضاً ، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ، ثم ردها . وفي الإصغاء وجهان ، أصحهما ــ وبه قال الشيخ أبو محمد . واستحسنه الإمام ــ :لايصغي ، كشهادة العبد والصبي .ولو كان الكافر يستتر بكفره ، وردت شهادته ، ثم أسلم وأعادها ، لم تقبل على الأصح، ولو ردت شهادته لعداوة ، فزالت ، وأعادها ، لم تقبل على الأصح ، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال ، أو لعبده بنكاح ، فردت فأعادها بعد عتقهما ، وأجاب ابن القاص هنا بالقبول ، ويجريان فيما لو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل عفوهما ، فردت شهادتهما ، ثم عفوا ،وأعاداها ، وفيما شهد اثنان لمورثهما بجراحة غير[1] مندملة، فردت، ثم أعادها بعد الاندمال ، ولو شهد فرعان على شهادة أصل ، فردت شهادتهما لفسق الأصل ، فقد صارت شهادة مردودة . فلو تاب ، وشهد بنفسه ، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته ، أو شهد على شهادته فرعان آخران ، لم تقبل ، ولو ردت شهادة الفرعين ، لفسقهما ، لم تتأثر به شهادة الأصل .

السبب السادس : الحرص على الشهادة بالمبادرة : اعلم أن الحقوق ضربان:ضرب لاتجوز المبادرة إلى الشهادة عليه ، وضرب يجوز ، وتسمى الشهادة على هذا الثاني على وجه المبادرة شهادة حسبة ، فحيث لا يجوز ، فالمبادر متهم ، فلا تقبل شهادته ، والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى ، فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد ، ردت شهادته أيضاً على الأصح للتهمة ، وإذا رددناها ، ففي مصيره مجروحاً وجهان ، الأصح لا ، وبه قطع أبو عاصم ، وظاهر هذا كون الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً ، ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي ، قال : الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر ، أم من الكبائر ، لكن منهم من

(١) في الأصل : عبد .

يفهم كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها ، فقد قال البغوي : وإذا قلنا : يصير مجروحاً لا يشترط استبراء حاله حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل ، فأشعر كلامه باختصاص الخلاف •

فرع

تقبل شهادة من احتبى وجلس في زاوية محتبياً لتحمل الشهادة ، ولا تحمل على الحرص ، لأن الحاجة قد تدعو إليه ، وحكى الفوراني قولاً قديماً أنها لا تقبل ، وهو شاذ ، قال : وعلى المشهور يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك لئلا يبادر إلى تكذيبه ،فيعزره القاضي • ولو قال رجلان لثالث : توسط بيننا لنتحاسب ونتصادق ، فلا تشهد علينا بما يجري ، فهذا شرط باطل . وعليه أن يشهد •

الضرب الثاني : ما تقبل فيه شهادة الحسبة . وهو ما تمحض حقاً لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدمي ، فمنه الطلاق . وأما الخلع ، فأطلق البغوي المنع فيه ، وقال الإمام : يقبل في الفراق دون المال ، قال : ولا أبعد ثبوته تبعاً ، ولا إثبات الفراق دون البينونة ، ومنه العتق والاستيلاد دون التدبير ، ويقبل في العتق بالتدبير . ولا يقبل في الكتابة . فإن أدى النجم الأخير ، شهد بالعتق • وفي شراء القريب وجهان ، أحدهما : تقبل شهادة الحسبة فيه لحق الله تعالى ، وأصحهما لا ، لأنهم يشهدون بالملك • ومنه العفو عن القصاص، والصحيح قبولها فيه ، ومنه الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة ، فإن كان لجهة خاصة ، فالأصح المنع ، ونقله الإمام عن الجمهور لتعلقه بحظوظ خاصة ، ومنه تحريم الرضاع والنسب وفي النسب وجه ، ومنه بقاء العدة وانقضاؤها ، وتحريم المصاهرة ، وكذا الزكوات والكفارات ،

والبلوغ والإسلام ، والكفر والحدود التي هي حقوق[1] لله تعالى ، كالزنى ، وقطع الطريق ، وكذا السرقة على الصحيح ، لكن الأفضل في الحدود الستر . ومنه الإحصان والتعديل . وأما ما هو حق آدمي ، كالقصاص ، وحد القذف والبيوع ، والأقارير ، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق ، أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشهده فليشهد ، وقيل : تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة ، وقيل : تقبل في الأموال أيضاً ، وقيل :تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق ، والصحيح المنع[2] مطلقاً .

فرع

ما قبلت فيه شهادة الحسبة هل يسمع فيه دعوى الحسبة ؟ وجهان : أحدهما لا ، وبه قطع القفال في الفتاوى ، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى . وقال القاضي حسين : تسمع ، لأن البينة قد لا تساعد ، وقد يراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه .

فرع

شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي ، ويقولون : نشهد على فلان بكذا ، فأحضره لنشهد عليه ، فإن ابتدؤوا ، وقالوا : فلان زنى فهم قذفة ، وفي الفتاوى : أنه لو جاء رجلان ، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع ، لم يكف حتى يقولا : وهو يريد أن ينكحها ، وأنه لو شهد اثنان بطلاق ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة بين المتناكحين ، لم تقبل هذه الشهادة ، إذ لا فائدة لها في الحال ، ولا بكونهما قد يتناكحان بعد ، وان الشهادة على أنه أعتق عبده إنما

---

(١) في الأصل : حدود .

(٢) في الأصل : المنعم .

تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه . وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة • ولو جاء عبدان لرجل ، فقالا : إن سيدنا أعتق أحدنا ، وقامت بينة بما يقولان ، سمعت ، وإن كانت الدعوى فاسدة ، لأن البينة على العتق مستغنية عن تقدم الدعوى •

فصل

شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة ، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين ، فعلى هذا يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقاً ، وذكر الصيمري أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسفه ، فإن كان كذلك ، زاد شرط ثامن •

فصل

في أمور لا تمنع الشهادة . وفيها خلاف لبعض العلماء • منها شهادة البدوي على القروي وعكسه مقبولة . وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد وفي غيره ، وتقبل شهادة ولد الزنى ، ويجوز أن يكون قاضياً •

فصل

في التوبة • قد سبق أن من لا تقبل شهادته لمعصية تقبل إذا تاب ، وظهر إعراضه عما كان عليه . قال الأصحاب : التوبة تنقسم إلى توبة بين العبد وبين الله تعالى . وهي التي يسقط بها الإثم ، وإلى توبة في الظاهر ، وهي تتعلق بها عود الشهادة والولايات ، أما الأولى ، فهي أن يندم على فعل . ويترك فعله في الحال ، ويعزم أن لا يعود إليه ، ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق مالي لله تعالى ولا للعباد ، كقبلة الأجنبية ومباشرتها فيما دون الفرج ، فلا شيء عليه سوى ذلك ، وإن

تعلق بها حق مالي ، كمنع الزكاة ، والغصب ، والجنايات[1] في أموال الناس ، وجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه ، بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن بقيت ، ويغرم بدلها إن لم تبق ، أو يستحل المستحق ، فيبرئه ويجب أن يعلم المستحق إن لم يعلم به ، وأن يوصله إليه إن كان غائباً إن كان غصبه منه هناك ، فإن مات ، سلمه إلى وارثه ، فإن لم يكن له وارث[2] وانقطع خبره ، دفعه إلى قاض ترضى سيرته وديانته ، فإن تعذر ، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجده ، ذكره العبادي في « الرقم » والغزالي في غير كتبه الفقهية . وإن كان معسراً ، نوى الغرامة إذا قدر ، فإن مات قبل القدرة ، فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة .

قلت : ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها ، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة ، واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات ، أو أتلف شيئاً خطأ ، وعجز عن غرامته حتى مات ، فالظاهر أن هذا لامطالبة في حقه في الاخرة ، إذ لامعصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صاحب الحق ، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح : وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو الوفاء من جهة ، أو سبب ظاهر . والله أعلم

وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي ، فإن كان حداً لله تعالى بأن زنى أو شرب ، فإن لم يظهر عليه ، فله أن يظهره ، ويقر به ليقام عليه الحد . ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأفضل ، فإن ظهر ، فقد فات

---

(١) في احدى نسخ الظاهرية : والخيانات .

(٢) في الأصل : فان لم يكن وارثاً .

الستر ، فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد ، قال ابن الصباغ : إلا إذا تقادم عليه العهد ، وقلنا : يسقط الحد • وإن كان حقاً للعبـاد ، كالقصاص وحد القذف ، فيأتي المستحق ، ويمكنه من الاستيفاء ، فإن لم يعـلم المستحق ، وجب في القصاص أن يعلمه ، فيقول : أنا الذي قتلت أباك ، ولزمني القصاص ، فإن شئت ، فاقتص ، وإن شئت فاعف • وفي حـد القذف سبق في كتب اللعان خلاف في وجوب إعلامه ، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه ، كالقصاص • وأما الغيبة إذا لم تبلـغ المغتاب ، فرأيت في فتاوى الحناطي أنه يكفيه الندم والاستغفار ، وإن بلغته ، أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها ، فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه ، فإن تعذر لموته ، أو تعسر لغيبته البعيدة، استغفر الله تعالى ، ولا اعتبار بتحليل الورثة ، هكذا ذكره الحناطي وغيره ، قال العبادي : والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير ، ويسر ببليته ، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستحله ، ويسأل الله تعالى أن يزيل عنه هذه الخصلة • وفي وجوب الإخبار عن مجرد الإضمـار بعيـد •

قلت : المختار بل الصواب أنه لايجب إخبار المحسود ، بـل لايستحب . ولو قيل : يكره لم يبعد • وهل يكفي الاستحلال مـن الغيبة المجهولة ، أم يشترط معرفتها للعافي ؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلـح • **والله أعلم**

فرع

لو قصر فيما عليه من دين ومظلمة ، ومات المستحق ، واستحقه وارث بعد وارث ، ثم مات ولم يوفهم ، فمن يستحق المطـالبة به في الآخرة؟فيه أوجه أرجحها ــ وبه أفتى الحناطي ــ أنه صاحب الحق أولاً، والثاني أنه آخر من مات من ورثته ، أو ورثة ورثته وإن نزلوا ،والثالث

ذكره العبادي في « الرقم » : أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته ، ثم بعده لمن بعده ، ولو دفع إلى بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاق إليه ، خرج عن مظلمة الجميع فيما سوف ومطل • وأما التوبة في الظاهر، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية، أما الفعلية ، كالزنى والسرقةوالشرب، فإظهار التوبة منها لا يكفي في قبول الشهادة ، وعود الولاية ، بل يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته ، وأنه صادق في توبته ، وفي تقدير هذه المدة أوجه الأكثرون أنها سنة ، والثاني : ستة أشهر ، ونسبوه إلى النص ، والثالث : لايتقدر بمدة إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه ، ويختلف ذلك بالأشخاص ، وأمارات الصدق، وهذا اختيار الإمام والعبادي والغزالي • وأما القولية ، فمنها القذف ، ويشترط في التوبة منه القول ، كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة • قال الشافعي رحمه الله : التوبة منه إكذابه نفسه، فأخذ الاصطخري بظاهره، وشرط أن يقول : كذبت فيما قذفت ، ولا أعود إلى مثله • وقال الجمهور : لايكلف أن يقول : كذبت ، فربما كان صادقاً ، فكيف نأمره بالكذب ؟! ولكن يقول : القذف باطل وإني نادم على ما فعلت ، ولا أعود إليه ، أو يقول : ما كنت محقاً في قذفي ، وقد تبت منه ، ونحو ذلك • وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء ، والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود ، إن[1] قلنا بوجوب الحد على من [2] شهد ، فإن لم نوجب ، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة • ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب كونه عند القاضي • ثم إذا تاب بالقول ، فهل يستبرىء المدة المذكورة إذا كان عدلاً قبل القذف؟ ينظر إن

(١) في الأصل : وإن •
(٢) في الأصل : ما •

كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب ، وإن كان تقذف سب وإيذاء ، اشترط على المذهب. واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف[1] مشكل ، وإلحاقه بالردة ضعيف ، فإن اشتراط كلمتي الشهادة مطرد في الردة القولية والفعلية ، كإلقاء المصحف في القاذورات، ثم مقتضى ماذكروه في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية ، كشهادة الزور والغيبة والنميمة وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور ، فقال : التوبة منها أن يقول : كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله .

فروع

لو قذف وأتى ببينة على زنى المقذوف ، فوجهان ، حكاهما الإمام، أحدهما: لاتقبل شهادته، لأنه ليس له أن يقذف ، ثم يقيم البينة، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود ، والصحيح القبول ، لأن صدقه قد تحقق بالبينة . وكذا الحكم لو اعترف المقذوف ، وكذا لو قذف زوجته ولاعن . وسواء في رد الشهادة ، وكيفية التوبة قذف محصناً أو غيره حتى لو قذف عبد نفسه ، ردت شهادته ، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد ، وشاهد الزور يستبرىء ، كسائر الفسقة فإذا ظهر صلاحه ، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة ، ومن غلط في شهادة لايشترط استبراؤه ، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط ، ولا تقبل فيها .

قلت : التوبة من أصول الإسلام المهمة ، وقواعد الدين ، وأول منازل السالكين . قال الله تعالى : (وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون) فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق ، وقد تقدمت صفتها ، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه ، ولو تاب من ذنب ، ثم فعله مرة أخرى ، لم تبطل التوبة ، بل هو مطالب بالذنب

---

(١) في الأصل : الوقف .

الثاني دون الأول . ولو تكررت التوبة ، ومعاودة[1] الذنب ، صحت، هذا مذهب الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة . قال إمام الحرمين في « الإرشاد » : والقتل الموجب للقود تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقتص منه ، فإذا ندم ، صحت توبته في حق الله تعالى ، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة ، ولا يقدح في التوبة ، بل يقتضي توبة منها . ومن تاب عن معصية ثم ذكرها قال الإمام القاضي أبو بكر بن الباقلاني رحمه الله : يجب عليه تجديد الندم عليها كلما[2] ذكرها إذ لو لم يندم ، لكان مستهيناً بها ، وذلك ينافي الندم . واختار امام الحرمين أنه لايجب ، ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الاستهانة ، بل قد يذكر ، ويعرض عنها . قال القاضي : وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة ، والتوبة الأولى صحيحة ، لأن العبادة الماضية لاينقضها شيء بعد فراغها ، قال : فيجب تجديد توبة عن تلك المعصية ، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها . قال الإمام : وإذا أسلم الكافر ، فليس إسلامه توبة عن كفره ، وإنما توبته ندمه على كفره ، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على[3] كفره ، بل تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر ، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان ، والندم على الكفر بالإجماع ، هذا مقطوع ، وما سواه من ضروب التوبة ، فقبوله مظنون غير مقطوع به ، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره ، صحت توبته ، وإن استدام معاصي أخر ، هذا كلام الإمام ، وهذا الذي قاله ان القبول مظنون[4] هو الصحيح . وقال جماعة من متكلمي أصحابنا : هو مقطوع والله أعلم .

---

(١) في الأصل : ومداومة

(٢) في الأصل : كما .

(٣) في الأصل : عن .

(٤) في الأصل : مضمون .

فصل

إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ، ثم بان له أنهما كانا عبدين ، أو كافرين ، أو صبيين ، أو امرأتين ، نقض حكمه ، لأنه تيقن الخطأ ، كما لو حكم باجتهاده ، فوجد النص خلافه ، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضاً • فإن قيل : قد اختلف العلماء في شهادة العبد ، فكيف نقض [الحكم] في محل الاختلاف والاجتهاد ؟ فالجواب أن الصورة مفروضة فيمن لايعتقد الحكم بشهادة العبد وحكم بشهادة من ظنهما حرين ، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم ، ولأنه حكم يخالف القياس الجلي ، لأن العبد ناقص في الولايات ، وسائر الأحكام ، فكذا الشهادة • وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين ، نقض حكمه على الأظهر ، وقيل : قطعاً • ولو شهد عدلان ، ثم فسقا قبل أن نحكم بشهادتهما ، لم نحكم بها قطعاً ، لأن الفسق يخفى غالباً ، فربما كانا فاسقين عند الشهادة • ولو ارتدا قبل الحكم ، لم يحكم على الصحيح ، لأنها توقع ريبة ، وقيل : لا يؤثر حدوثها بعد شهادتهما•وقال الداركي : إن ارتد إلى كفر يستسر أهله به ، فكالفسق ، وإلا فلا يؤثر • ولو شهدا في حد أو مال ، ثم ماتا أو جنا أو عميا ، أو خرسا ، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما ، لأنها لاتوهم ريبة فيما مضى • ويجوز وقوع التعديل بعد حدوثها • ولو فسق الشاهدان ، أو ارتدا بعد الحكم بشهادتهما ، وقبل الاستيفاء ، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم ، وقبل الاستيفاء، وفيه خلاف وتفصيل سنذكره في بابه إن شاء الله تعالى ، والمذهب أنه لايؤثر في المال ، بل يستوفى •

فرع(1)

قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين : قد بان لي أنهما كانا

(1) في الأصل : فروع .

فاسقين ، ولم تظهر بينة بفسقهما ، قال الغزالي في « الفتاوى » : إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضاً ، قال : ولو قال : أكرهني السلطان على الحكم بقولهما ، وكنت أعرف فسقهما ، قبل قوله من غير بينة الإكراه ، ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له ، أو ولدين ، أو عدوين للمشهود عليه ، نقض الحكم ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني في العدد والذكورة :

قول الشاهد الواحد لايكفي الحكم به إلا في هلال رمضان على الأظهر ، وأما القضاء بشاهد ويمين وإن قلنا على وجه: إن القضاء بالشاهد، فليس فيه اكتفاء بشاهد ، بل يشترط معه اليمين . ثم الشهادات ثلاثة أضرب ، الأول : الشهادة على الزنى ، فلا تثبت إلا بأربعة رجال ، وتثبت الشهادة على الإقرار بالزنى برجلين على الأظهر ، وفي قول : يشترط أربعة ؛ ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب ، ويثبت القذف بشاهدين على المشهور ، ونقل أبو عاصم قولاً قريباً في اشتراط أربعة .

فرع

سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنى أن يذكروا التي زنى بها ، وأن[1] يذكروا الزنى مفسراً ، فيقولون : رأينا أدخل ذكره ، أو قدر الحشفة منه في فرج فلانة على سبيل الزنى . ولا يكفي إطلاقه الزنى ؛ فقد يظنون المفاخذة زنى ، وقد تكون الموطوءة جارية ابنه ، أو مشتركة بينه وبين غيره بخلاف مالو ادعت وطء شبهة ، وطلبت المهر ، فإنه يكفي الشهادة على الوطء ، ولا يشترط قولهم : رأينا ذلك منه في ذلك منها ، لأن المقصود هناك المال ، فلم يلزم هذا الاحتياط ، وقد

(١) في الأصل : وأنهم .

وقع في كلام الغزالي وغيره أن الشاهد يقول : رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة ، وهذا التشبيه زيادة بيان ، وليس بشرط ، صرح به القاضي أبو سعد .

فرع

هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى أو ولادة ، أو عيب باطن أم لا ، وإنما يشهد عليه عند وقوع النظر [إليه] اتفاقاً ؟ فيه أوجه سبقت في أول النكاح ، الأصح المنصوص الجواز ، والثاني : المنع ، والثالث : المنع في الزنى دون غيره ، والرابع عكسه .

الضرب الثاني : ما ليس بمال ، ولا يقصد منه مال ، فإن كان عقوبة ، لم تثبت إلا برجلين سواء فيه حق الله تعالى ، كحد الشرب ، وقطع الطريق ، وقتل الردة ، وحق العباد كالقصاص في النفس ، أو الطرف ، وحد القذف . والتعزير كالحد ، ولا مدخل لشهادة النساء فيها . وإن كان غير عقوبة ، فهو نوعان أحدهما : يطلع عليه الرجال غالباً ، فلا يقبل فيه إلا رجلان ، وذلك كالنكاح والرجعة ، والطلاق والعتاق ، والإسلام والردة ، والبلوغ والإيلاء ، والظهار والإعسار ، والموت ، والخلع من جانب المرأة ، والولاء وانقضاء العدة ، وجرح الشهود وتعديلهم ، والعفو عن القصاص والإحصان ، والكفالة والشهادة برؤية هلال غير رمضان ، والشهادة على الشهادة ، والقضاء والولاية إن اشترطنا فيهما الشهادة ، والتدبير والاستيلاد ، وكذا الكتابة على الصحيح ، وقيل : تثبت الكتابة برجل وامرأتين ، ومنه الوكالة والوصاية وإن كانتا من المال ، لأنهما ولاية وسلطنة . ومنه القراض ، وكذا الشركة على الأصح ، وقيل : تثبت برجل وامرأتين . النوع الثاني : مالا يطلع عليه الرجال ، وتختص النساء بمعرفته غالباً ، فيقبل فيه شهادتهن منفردات ، وذلك كالولادة ، والبكارة ، والثيابة ، والرتق ، والقرن ، والحيض ، والرضاع ،

وعيب المرأة من برص وغيره تحت(1) الإزار ، حرة كانت أو أمــة ، وكذا استهلال الولد على المشهور، فكل هذا النوع لايقبل فيه إلا أربع نسوة أو رجلين ، أو رجل وامرأتين ، قال البغوي : والعيب في وجـه الحرة وكفيها لايثبت إلا برجلين ، وفي وجه الأمة وما يبدو منها في المهنة يثبت برجل وامرأتين ، لأن المقصود منه المال • قال : والجراحة على فرج المرأة لايلحق بالعيب ، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجل غالباً ، هكذا قاله ، لكن جنس العيب مما يطلع عليه الرجال غالباً، لكن لايطلعون على العيب الخاص ، وكذا هذه الجراحة •

قلت : الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا ، وتعلق بمجرد الاسم •

والله أعلم

الضرب الثالث : ما هو مــال أو المقصود منه مال ، كــالأعيان والديون ، والعقود المالية ، فيثبت برجلين وبرجل وامرأتين ، ولا يثبت بنسوة منفردات ، فمن هذا الضرب البيع والإقالة ، والإجارة ، والرد بالعيب ، والحوالة ، والضمان ، والصلح ، والقرض والشفعة والمسابقة، وخيول المسابقة ، والغصب، والإيلاء والوصية بمال، والمهر في النكاح، ووطء الشبهة ، والجنايات التي لاتوجب إلا المال ، كقتل الخطأ وقتــل الصبي والمجنون ، وقتل الحر العبد ، والمسلم الذمي ، والوالد الولد ، والسرقة التي لاقطع فيها ، وكذا حقوق الأموال ، والعقود كالخيار ، وشرط الرهن ، والأجل [و] في الأجل وجه ، لأنه ضرب سلطنة ، ومنه قبض الأموال ، منها نجوم الكتابة ، وفي النجم الأخير وجه ضعيف أنــه يشترط له رجلان ، لتعلق العتق به ، ومنه الرهن والإبراء على الصحيح

---

(1) في الأصل : وتحت •

فيهما . ومنه طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة ، وقتل الكافر لاستحقاق السلب ، وإدمان الصيد ، لتملكه ، وعجز المكاتب عن النجوم ، ومنه الوقف ، وفي ثبوته برجل وامرأتين ما سنذكره إن شاء الله تعالى في الباب[1] الرابع في ثبوته بشاهد ويمين . ولو مات سيد المدبر ، فادعى الوارث أنه كان رجع عن التدبير ، وقلنا : يجوز الرجوع ، ثبت برجل وامرأتين . ولو ادعى رق شخص ، أو ادعى جارية في يد غيره أنها أم ولد ، ثبت برجل وامرأتين ، ولو توافق الزوجان على الطلاق ، وقال الزوج : طلقتك على كذا ، وقالت : بل مجاناً ، ثبتت دعواه برجل وامرأتين ، وكذا لو قال لعبده : أعتقتك بكذا ، فقال : مجاناً . ولو توافقا على النكاح ، واختلفا في قدر المهر أو صفته ، أو على الخلع ، واختلفا في قدر العوض ، أو صفته ، ثبت برجل وامرأتين ، وكذا لو توافق السيد والعبد على الكتابة ، واختلفا في قدر النجوم أو صفتها ، والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين ، وفسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين ، وفسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين .

فرع

الخنثى المشكل كالمرأة في الشهادة .

فرع

لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال ، وإن لم يثبت القطع ، وحكي قول أنه لا يثبت المال ، كما لو شهد بقتل العمد رجل وامرأتان ، فإنه لا يثبت الدية كما لا يثبت القصاص ، والمشهور الأول . ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح ، ثبت الصداق ، لأنه المقصود . ولو علق طلاق امرأته ، أو عتق عبده على الولادة ، فشهد بالولادة أربع

(١) في الأصل : باب .

نسوة ثبتت الولادة دون الطلاق والعتق ، وكذا لو علقهما على الغصب والإتلاف ، فشهد بهما رجل وامرأتان[1] ثبت الغصب والإتلاف ، ولا يقع الطلاق والعتق كما سبق في كتاب الصوم أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بعدل لايحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان ، ولا بحلول الدين المؤجل به ، هذا إذا تقدم التعليق ، فلو ثبت الغصب أولاً برجل وامرأتين ، وحكم الحاكم به ، ثم جرى التعليق ، فقال لها : إن كنت غصبت ، فأنت طالق ، وقد ثبت غصبها برجل وامرأتين وقع الطلاق ، هكذا[2] قاله ابن سريج وجمهور الأصحاب ، وقياسه أن يكون الحكم هكذا في التعليق برمضان ، وحكى الإمام عن حكاية شيخه وجهاً أنه لا يقع .

فصل

إذا ادعى على إنسان مالاً ، وشهد له به اثنان ، نظر إن كان عيناً وطلب المدعي الحيلولة بينهما وبين المدعى عليه إلى أن يزكى الشاهدان ، أجيب إليه على الأصح ، وقيل : لايجاب ، وقيل : يجاب إن كان المال مما يخاف تلفه أو تعيبه ، وإن كان عقاراً ونحوه ، فلا ، وإن كان المدعى ديناً ، لم يستوف قبل التزكية ، وقيل : يستوفى ويوقف ، حكاه ابن القطان ، والصحيح الأول ، فلو طلب المدعي أن يحجر على المدعى عليه ، نقل الإمام عن الجمهور أنه لايجيبه ، وعن القاضي حسين أنه إن كان يتهمه [بحيلة] حجر عليه ، لئلا يضيع ماله بالتصرفات والأقارير ، ولم يتعرض عامة الأصحاب للحجر ، لكن قالوا : هل يحبس المدعى عليه إذا كان المدعى ديناً ، فيه وجهان ، قال البغوي : أصحهما نعم ،

---

(1) في الأصل : وامرأتين .

(2) في الأصل : هذا .

فإن قلنا : لا ، فللمدعي ملازمته إلى أن يعطيه كفيلاً وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدعى ، وإن كان المدعى قصاصاً ، أو حد قذف ، حبس المشهود عليه ، لأن الحق متعلق ببدنه ، فيحتاط له .

قلت قال البغوي : سواء قذف زوجته أو أجنبياً . والله أعلم

ولا يحبس في حدود الله تعالى ، وأما في دعوى النكاح : فتعدل المرأة عند امرأة ثقة ، وتمنع من الانتشار والخروج ، وفيه وجه ضعيف ، فعلى هذا الوجه هل يؤخذ منها كفيل ؟ وجهان ، قال القاضي أبو سعد : فإن كانت المرأة مزوجة ، لم يمنع منها زوجها قبل التعديل ، لأنه ليس مدعى عليه ، ولو شهد اثنان لعبد بأن سيده أعتقه ، وطلب العبد الحيلولة قبل التزكية ، أجله القاضي ، وحال بينه وبين سيده ، ويؤجره وينفق عليه ، فما فضل ، فموقوف بينه وبين السيد ، فإن لم يكن له كسب ، أنفق عليه من بيت المال ، ثم يرجع على سيده إن بان جرح الشهود[1] واستمر الرق ، وكذا الأعيان المنتزعة يؤجرها ، وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد ؟ وجهان ، الأصح : لا ، بل إذا رأى الحاكم الحيلولة ، فعلها ، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطاً للبضع ، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق ، وأقامت شاهدين ، فرق الحاكم بينهما قبل التزكية ، والوجهان في اشتراط طلب العبد للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدعاة ، ويقرب منها وجهان ، حكاهما ابن كج في أن إجارة العبد هل تفتقر إلى طلب السيد أو العبد ، أم يؤجره بغير طلبهما ؟ والثاني أقرب إلى ظاهر النص ، هذا كله إذا أقام المدعي شاهدين ، فلو أقام شاهداً ، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر هل يجاب ؟ قولان أظهرهما عند الجمهور : لا ، لأن الشاهد وحده ليس بحجة ، وفي الشاهدين تست[2]

---

(١) في الأصل المشهود .

(٢) في الأصل : يمنعه .

الحجة ، وهل يحبس المدعى عليه في القصاص والقذف بشاهد ؟ فيه القولان ، ويجري فيه الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً ، ثم تكفيلا إن لم يعدل ، وفي دعوى العتق والطلاق هل يحال ؟ فيه القولان ، ثم ذكر العراقيون والروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يتعينان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح ، ولا تقدر له مدة ، والحيلولة(١) والحبس بشاهد إذا قلنا به لا يزادان على ثلاثة أيام ، وعن أبي إسحاق أنه لا حيلولة ولا حبس إذا كان الشاهد الآخر غائباً لا يحضر إلا بعد ثلاثة أيام ، وإنما محل القولين إذا كان قريباً ، والمذهب ما سبق .

فرع

قال البغوي : إذا حال القاضي بين العبد وسيده ، أو انتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية ، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه ، لكن لو أقر أحدهما بالموقوف لآخر أو أوصى به أو دبره أو أعتقه ، انتظرنا ما يستقر عليه الأمر آخراً ، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ تصرفه . وصوره فيما إذا حجر القاضي على المشهود عليه في المشهود به ، فإن أراد بالحجر الحيلولة ، حصل الخلاف . وإن أراد التلفظ بالحجر أشعر ذلك باشتراط الحجر القولي في امتناع التصرف . قال : وإذا قامت البينة . وحصل التعديل ، والقاضي ينظر في وجه الحكم . فينبغي أن يحجر عليه في مدة النظر ، فإن حجر لم ينفذ تصرفه ، قال البغوي : وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعي . وينفذ تصرف المدعى عليه ، إن قلنا : إن طلب المدعي شرط في الوقف ، وإلا فوجهان .

---

(١) في الأصل : الحيلولة ، بغير واو .

فرع

الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين[1] وقبل التعديل تكون للمدعي وبين شهادة الأول و [شهادة] الثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول أولاً أو بما قبله ، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا لا يحال بينهما وشهد الثاني هكذا لزمه أجرة المثل ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث في مستند علم الشاهد ، وحكم تحمل الشهادة وأدائها .

فيه ثلاثة أطراف :

الأول : فيما يحتاج إلى الإبصار ، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين ، لكن من الحقوق مالا يحصل اليقين فيه ، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين ، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي إن شاء الله تعالى . وقد قسم الشافعي والأصحاب رحمهم الله المشهود به ثلاثة أقسام أحدها : ما يكفي فيه السماع ، ولا يحتاج إلى الإبصار ، وموضع بيانه الطرف الثاني .

الثاني : ما يكفي فيه الإبصار وهو الأفعال ، كالزنى ، والشرب ، والغصب . والإتلاف . والولادة ، والرضاع ، والاصطياد ، والاحياء ، وكون[2] المال في يد الشخص ، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها ، فلا[3] يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير ، وتقبل فيها شهادة الأصم .

الثالث : ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً ، كالأقوال ، فلا بد من سماعها ومشاهدة قائلها ، وذلك كالنكاح والطلاق . والبيع ، وجميع العقود . والفسوخ ، والإقرار بها ، فلا يقبل فيها شهادة الأصم الذي

---

(١) في الأصل : الشاهدان .

(٢) الاصل : كون ، بغير واو .

(٣) في نسخ الظاهرية : ولا .

لا يسمع شيئاً ، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار ، ولا يصح منه التحمل اعتماداً على الصوت ؛ فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخييل والتلبيس مع أنه لا ضرورة الى شهادته للاستغناء بالبصراء[1] بخلاف الوطء ، فإن له أن يطأ زوجته اعتماداً على صوتها بالإجماع للضرورة ، ولأن الوطء يجوز بالظن ، ولا تقبل شهادته على زوجته التي يطأها كما لا تقبل على الأجانب ، لأن الوطء ضرورة ، وقد سبق وجه أن العمى لا يقدح في القضاء وهو مع ضعفه جار في الشهادة، والصواب المنع ، ويستثنى عن هذا صورة الضبطة ، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه ويد الأعمى على رأسه ، فينظر[2] إن سمعه يقر بطلاق أو عتق أو لرجل معروف الاسم ، والنسب بمال ، ويتعلق به الأعمى ، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي ، فيقبل هذه الشهادة على الصحيح لحصول[3] العلم ، وقيل : لا يقبل سداً للباب مع عسر ذلك ، وتقبل رواية الأعمى ما سمعه حال العمى على الصحيح ، وبه قطع الجمهور إذا حصل الظن الغالب بضبطه ، واختار الإمام المنع ، فأما ما سمعه قبل العمى . فتقبل روايته في العمى بلا خلاف ، ولو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر وهو بصير ، ثم عمي ، نظر إن تحمل على رجل معروف الاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة ، فله أن يشهد بعدما عمي ، ويقبل لحصول العلم ، وكذا لو عمي ويد المقر في يده ، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب • وإن لم يكن كذلك ، لم تقبل شهادته ، ويجوز الاعتماد على ترجمة الأعمى على الأصح ، ولو عمي القاضي بعد سماع البينة وتعديلها ، ففي نفوذ قضائه في تلك

---

(١) في الأصل : بالبصر .
(٢) في نسخ الظاهرية : فيتيقن أنه .
(٣) في الأصل : بحصول .

الواقعة وجهان . أحدهما لا ، لانعزاله بالعمى ، كما لو انعزل بسبب آخر ، وأصحهما : نعم إن لم يحتج إلى الاشارة ، كما لو تحمل الشهادة وهو بصير ، ثم عمي ، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة ، فسيأتي في الطرف الثاني إن شاء الله تعالى •

فصل

إذا شاهد فعل إنسان . أو سمع قوله ، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه ، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده ، قال الغزالي : يقتصر عليه في الشهادة ، فإن عرفه القاضي بذلك ، جاز ، وكان يحتمل أن يقال : هذه شهادة على مجهول ، فلا تصح كما سبق في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد ، فالحكم باطل • وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف ، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد ، وقال الإمام : لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه ، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة. وبالجملة لا يشهد بمالا معرفة له به • ولو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل في بيع داره . وأقر الوكيل بالبيع ، شهد على إقراره بالبيع ، ولم يشهد بالوكالة • وكتب القفال في مثله أنه[1] يشهد على شاهدي الوكالة ، وكأنهما أشهداه على شهادتهما ، ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة ، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه ولياً ولا وكيلاً ، أو عرف الولاية أو الوكالة ، ولم يعرف رضى المرأة وهي ممن يعتبر رضاها ، لم يشهد على أنها زوجته ، لكن يشهد أن

---

(١) في الأصل : أن .

فلاناً أنكح فلانة فلاناً ، وقيل : فلان ، فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلاناً قال : زوجت فلانة فلاناً ، وإن كان يعرف المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه ، شهد عليه حاضراً لا غائباً ، فإن مات أحضر ليشاهد صورته ، ويشهد على عينه ، فإن دفن ، لم ينبش ، وقد تعذرت الشهادة عليه ، هكذا قاله القاضي حسين ، وتابعه الإمام والغزالي ، لكن استثنى الغزالي ما إذا اشتدت الحاجة إليه ، ولم يطل العهد بحيث يتغير منظره،وهذا احتمال ذكره الإمام ، ثم قال : والأظهر ما ذكره القاضي • وإن لم يعرف اسمهونسبه ، لم يكن له أن يعتمد قوله:إنه فلان ابن فلان، لكن لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه ، ثم سمع الناس يقولون : إنه فلان ابن فلان ، واستفاض ذلك ، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه ، كما لو عرفهما عند التحمل • ولو قال له عدلان عند التحمل أو بعده : هو فلان ابن فلان ، قال الشيخ أبو حامد : له أن يعتمدهما ، ويشهد على اسمه ونسبه ، وهذا مبني على جواز الشهادة على النسب من عدلين ، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى •

فرع

كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه ، وتارة على اسمه ونسبه ، فكذلك المشهود له ، فتارة يشهد أنه أقر لهذا ، وتارة لفلان ابن فلان ، وكذا عند غيبة المشهود له ، وإذا شهد الشاهدان [أن لهذا] على فلان ابن فلان الفلاني كذا ، فقال الخصم : لستفلانابن فلان الفلاني ، ففي فتاوى القفال أن على المدعي بينة أن اسمه فلان ، ونسبه ما ذكراه ، فإن لم يكن بينة ، حلفه ، فإن نكل ، حلف واستحق ، وإن سلم ذلك الاسم والنسب ، فادعى أن هناك من يشاركه فيهما ، لم يقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه ، فإن أقامها[1] احتاج إلى اثبات

(١) في الأصل : أقامهما .

زيادة يمتاز بها المدعى عليه على الآخر ، وهذا كما سبق في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه ، وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه ، ولتكن الصورة فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا ، واسمه ونسبه كذا ، أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر ، وأقام البينة بالاستحقاق على فلان ابن فلان ، فيستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف أنه فلان ابن فلان ، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أمكن ، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بحاضر ، وفي الفتاوى أيضاً أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي ، وقال : إن هذا أقر لفلان ابن فلان بكذا وأنا ذلك المقر له ، فقال الرجل : نعم أقررت ، لكن هنا أو بموضع آخر رجل آخر بهذا الاسم والنسب ، وإنما أقررت له ، لزمه إقامة البينة على ما يدعيه ، فإذا أقامها ، سئل ذلك الآخر ، فإن صدقه ، دفع المقر به إليه ، ويحلف الأول على أنه لا شيء له عليه ، وإن كذبه ، فهو للمدعي ، وإن قال : هناك [رجل] آخر بهذا الاسم والنسب وأنا أقررت لأحدهما ، لا أعلم عينه ، وأقام البينة برجل آخر سئل ذلك الآخر ، فإن قال : لا شيء لي[1] عليه ، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول كما لو كانت عنده وديعة ، فقال : هي لأحدكما ، ولا أدري أنها لأيكما ، فقال أحدهما : ليست لي ، فإنها تكون للآخر ، وإن صدقه الآخر ، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كل واحد : هي لي ، وقد حكينا في الوكالة فيما لو وكل رجلاً بالخصومة بناء على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من بينة على أنه وكيله فلان ابن فلان ، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان ابن [فلان] وحكينا عن القاضي حسين أن هذه المسألة يكتفي القضاة فيها بالعدالة الظاهرة ، ويتساهلون

---

(١) في الأصل : له .

في البحث والاستزكاء • وعن القاضي أبي سعد الهروي أنه يكتفى فيها بمعرف واحد ، وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هنا حيث احتيج إلى إثبات كونه فلان ابن فلان •

فصل

المرأة المتنقبة لا يجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت ، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت ، وكذا البصير في الظلمة، أو من وراء حائل صفيق ، والحائل الرقيق لا يسنع على الأصح • وإذا لم يجز التحمل بالصوت ، فإن عرفها متنقبة باسمها ونسبها أو بعينها لا غير ، جاز التحمل ، ولا يضر النقاب ، ويشهد عند الأداء بما يعلم ، فإن لم يعرفها ، فلتكشف عن وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليتها وصورتها ، ليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء ، وتكشف وجهها حينئذ • ولا يجوز التحمل بتعريف عدل أو عدلين انها فلانة بنت فلان ، فإن قال عدلان يشهدان : هذه فلانة بنت فلان تقر بكذا ، فهما شاهدا الأصل ، والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشروط • ولو سمعه من عدل واحد ، شهد على شهادته ، والشهادة على الشهادة والحالة هذه تكون على الاسم والنسب دون العين ، هذا ما ذكره أكثر المتكلمين في المسألة ، وفيه وجه ثان عن الشيخ أبي محمد أنه يكيفه لتحمل الشهادة عليها معرف واحد سلوكا به مسلك الإخبار ، وبهذا قال جماعة من المتأخرين ، منهم القاضي شريح الروياني(١) ، ووجه ثالث أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان ، ويشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة ، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد بناء على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين ، ووجه عن الاصطخري أنه إذا كان يعرف نسب امرأة ، ولا يعرف

---

(١) انظر ترجمته في « الطبقات » ٤/٢٢٥ للسبكي .

عينها ، فدخل دارها وفيها نسوة سواها ، فقال لابنها الصغير : أيتهن أمك ، أو لجاريتها أيتهن سيدتك ، فأشارا[1] إلى امرأة ، فسمع إقرارها، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا ، حكاه ابن كج عنه ، ولم يجعل قول شاهدين على قول الاصطخري كإخبار الصغير والجارية ، وادعى أن ذلك أشد وقعاً في القلب وأثبت • ولك أن تقول : ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه لا على المعرف ، لأن من أقرت تحت نقاب ، ورفعت إلى القاضي والمتحمل ملازمها أمكن الشهادة على عينها ، وقد يحضر قوم يكتفى بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسامع طول المدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، فيخبرون عن اسمها ونسبها ، فيتمكن من[2] الشهادة على اسمها ونسبها، بل ينبغي أن يقال : لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا ، فأقرت لفلان بكذا ، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة[3] يومئذ في ذلك المكان هي هذه ، ثبت الحق بالتبيين ، كما لو قامت بينة أن فلان ابن فلان الفلاني أقر[4] بكذا وقامت أخرى على [أن] الحاضر هو فلان ابن فلان ، ثبت الحق • وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد ، وجب أن يجوز مطلقاً ، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز التحمل على العين ، أو على الاسم والنسب ، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات ، فذاك لشيء آخر • ويجوز النظر إلى وجهها ، لتحمل الشهادة وسماع كلامها ، وهذا عند الأمن من الفتنة ، فإن خاف فتنة ، فقد سبق أنه يحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف، فيشبه أن يقال : لا ينظر الخائف للتحمل ، لأن في غيره غنية ، فإن تعين عليه ، نظر واحترز •

---

(١) في الأصل : فأشار بالإفراد .
(٢) في الأصل : على .
(٣) في الأصل : حاضرة .
(٤) في الأصل : أقرت .

فرع

إذا قامت بينة على عين رجل أو امرأة بحق ، وأراد المدعي أن يسجل له القاضي ، فالتسجيل على العين ممتنع ، لكن يجوز أن يسجل بالحلية ، ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبتا[1] ، ولا يكفي فيهما قول المدعي ، ولا إقرار من قامت عليه البينة ، لأن نسب الشخص لا يثبت بإقراره ، فلو قامت بينة على نسبه على وجه الحسبة بني على أن شهادة الحسبة هل تقبل في النسب ، إن قبلناها ـ وهو الصحيح ـ أثبت القاضي النسب ، وسجل ، وإن لم نقبلها وهو اختيار القاضي حسين ، فقال : الطريق هنا أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان ديناً ، أو على فاطمة بنت زيد ، أو يدعي على زيد ،ويقول: هذه بنته ، وتركته عندها ، وينكر المدعي عليه النسب ، فيقيم المدعي البينة عليه . قال : وتجوز هذه الحيلة للحاجة ، واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة كالعدم ، فكيف يجوز بناء الشهادة عليها ، وكيف يأمر القاضي بها . لكن الوجه أن يقال : وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك ، فإذا نصبوا مدعياً لم يفحص القاضي ، ولم يضيق ، بل يسمع الدعوى والبينة للحاجة . ولو أمر المدعي الذي ثبت له الحق بالبينة أن ينقل الدعوى عن العين إلى الدعوى على بنت زيد لينكر ، فيقيم البينة على النسب ، كان أقرب من نصب مدع جديد ، وأمره بدعوى باطلة .

فرع

عن فتاوى القفال : شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها ، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها ، صحت شهادتهم فإن سألهم الحاكم هل تعرفون عينها ؟ فلهم أن يسكتوا ، ولهم أن يقولوا : لا يلزمنا الجواب عن هذا.
الطرف الثاني فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع وهو الاستفاضة ؛

---

(١) في الأصل : يثبت .

فمنه النسب ، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان ، أو هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فـلان ، أو أنهما[٢] من قبيلة كـذا ، ويثبت النسب من الأم بالتسامع أيضاً على الأصح ، وقيل قطعاً كالأب ، ووجه المنع إمكان رؤية الولادة • ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامع أنـه ينبغي أن يسمع الشاهد المشـهود بنسبه ، فينسب إلى ذلك الرجل أو القبيلة ، والناس ينسبونه إليه ، وهل يعتبر في ذلك التكرر ، وامتداد مدة السماع ، قال كثيرون : نعم ، وبهـذا أجاب الصيمري ، وقال آخرون : لا بل لـو سمع انتساب الشخص ، وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم ، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة ، جاز له الشهادة • ورأى ابن كج القطع بهذا ، وبه أجاب البغوي في انتسابه بنفسه ، فإن قلنا بالأول ، فليست المدة مقدرة بسنة علـى الصحيح ، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث تهمة وريبة ، فلو كان المنسوب إليه حياً وأنكر ، لم تجز الشهادة ، وإن كان مجنوناً ، جازت على الصحيح ، كما لو كان ميتاً ، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب هل يمنع جواز الشهادة ؟ وجهان أصحهما : نعم لاختلال الظن •

فرع

يثبت الموت بالاستفاضة على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل: وجهان ، وهل يثبت بها الـولاء والعتق والوقف والزوجية ؟ وجهان ، قال الاصطخري ، وابن القاص ، وأبو علي بن أبي هريرة ، والطبري : نعم ، ورجحه ابن الصباغ ، وقال أبو إسحاق : لا ، وبـه أفتى القفال ، وصححه الإمام ، وأبو الحسن العبادي ، والروياني ، قالوا : ويستحب

---

(٢) في الأصل : أمهما •

تجديد شهود كتب الوقف إذا خاف[1] انقراض الأصول ، قال في « العدة » : هذا ظاهر المذهب ، لكن الفتوى الجواز للحاجة .

قلت الجواز أقوى وأصح وهو المختار . والله أعلم

فرع

المعتبر في الاستفاضة[2] أوجه ، أصحها : أنه يشترط أن يسمعه من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ، ويؤمن تواطؤهم على الكذب . وهذا هو الذي رجحه الماوردي ، وابن الصباغ ، والغزالي وهو أشبه بكلام الشافعي رحمه الله ، والثاني : يكفي عدلان ، اختاره أبو حامد ، وأبو حاتم ، ومال إليه الإمام ، والثالث : يكفي خبر واحد إذا سكن القلب إليه ، حكاه السرخسي وغيره ، فعلى الأول ينبغي أن لا يشترط العدالة ولا الحرية والذكورة .

فرع

لو سمع رجلاً يقول لآخر : هذا ابني وصدقه الآخر ، أو قال : أنا ابن فلان ، وصدقه فلان ، قال كثير من الأصحاب : يجوز أن يشهد به على النسب ، وكذا لو استلحق صبياً ، أو بالغاً وسكت ، لأن السكوت في النسب كالإقرار . وفي « المهذب » وجه أنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت ، والذي أجاب به الإمام والغزالي أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك ، بل يشهد والحالة هذه [على] الإقرار ، وهذا قياس ظاهر .

فصل

الشهادة على الملك تنبني على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف

(١) في الأصل : خافا .

(٢) في الأصل : الإفاضة .

والتسامع ، فأما اليد فلا تفيد[1] بمجردها جواز الشهادة على الملك ، لكن إذا رأى الشيء في يده ، جاز أن يشهد له باليد ، وشرط البغوي لذلك أن يراه في يده مدة طويلة ، وحكى الإمام قولاً أنه لا تجوز الشهادة بالملك بمجرد اليد ، والمشهور الأول ، وأما التصرف المجرد ، فكاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة بالملك ، فإن اجتمع يد وتصرف ، فإن قصرت المدة ، فهو كاليد المجردة ، وإن طالت ، ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان ، أصحهما : الجواز ، صححه البغوي ، ونقله الإمام عن اختيار الجمهور ، وعن الشيخ أبي محمد القطع به ، فلو انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة ، ونسبة الناس الملك إليه ، جازت الشهادة بالملك بلا خلاف ، ونقل الروياني قولاً انه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه وهو شاذ ضعيف . وأما الاستفاضة وحدها . فهل تجوز الشهادة على الملك بها ؟ وجهان أقربهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز ، والظاهر أنه لا يجوز ، وهو محكي عن نصه في حرملة ، واختارها القاضي حسين ، والإمام والغزالي وهو الجواب في « الرقم » . واعلم أن جواز الشهادة بالملك بالاستفاضة مشهورة في المذهب . فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد والتصرف إليه ، أو يعتبرهما جميعاً ، لكن لا يعتبر طول المدة فيهما ، وإذا انضما إلى الاستفاضة ، وإلا فهما كافيان إذا طالت المدة على الأصح ، ولا يبقى للاستفاضة أثر ، ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف أن لا يعرف له منازعاً فيه ، ونقل ابن كج وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع ؟

فرع

طول مدة اليد والتصرف يرجع فيه إلى العادة ، وقيل : أقلها سنة،

---

(١) في الأصل : يقبل .

والصحيح الأول ، وعن الشيخ أبي عاصم أنه إن زادت على عشرة ، فطويلة ، وفيما دونها وجهان ، والقول في عدد المخبرين هنا ، وامتداد المدة كما سبق في النسب ، ونقل ابن كج وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين •

فرع

ذكر ابن كج أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة ، وقد ينازع فيه ، لإمكان مشاهدة اليد •

فرع

لا يكفي أن يقول الشاهد : سمعت الناس يقولون : إنه لفلان ، وكذا في النسب ، وإن كانت الشهادة مبنية عليه ، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له ، وبأنه ابنه ، لأن قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس ، لكن عن الشيخ أبي عاصم أنه لو شهد رجل بالملك ، وآخر بأنه في يده مدة طويلة وتصرف فيه بلا منازع ، تمت الشهادة • وقال الشارح لكلامه : هذا مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب ، والصحيح الأول •

فرع

سواء في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف العقار والثوب والعبد وغيرها إذا ميز الشهود به عن أمثاله •

فرع

التصرف المعتبر في الباب تصرف الملاك من السكنى ، والدخول والخروج ، والهدم والبناء ، والبيع والفسخ بعده ، والرهن ، وفي مجرد الإجارة وجهان ، لأنها وإن تكررت قد تصدر ممن استأجر مدة طويلة ومن الموصى له بالمنفعة ، وليجر هذا الخلاف في الرهن ، لأنه قد يصدر

من مستعير ، والأوفق لإطلاق الأصحاب الاكتفاء ، لأن الغالب صدورها من المالكين ، ولا يكفي التصرف مدة واحدة ، لأنه لا يحصل ظناً .

فرع

لا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح .

فرع

في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان ، قال ابن سريج والجمهور : تقبل إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة بأن يكون الرجل معروفاً باسمه ونسبه الأدنى ، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى وصور أيضاً في النسب الأدنى بأن يصف الشخص ، فيقول : الرجل الذي اسمه كذا ، وكنيته كذا ، ومصلاه ومسكنه كذا ، هو فلان ابن فلان ، ثم يقيم المدعي بينة أخرى أنه الذي اسمه كذا ، وكنيته كذا إلى آخر الصفات ؛ وصورته في الملك أن يشهد الأعمى بدار معروفة أنها لفلان ابن فلان ، ويمكن أن يقال : الوجه القائل بأن شهادته لا تقبل ، مخصوص بما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب ، فأما إذا حصل السماع من جمع كبير ، فلا حاجة فيه إلى المشاهدة ، ومعرفة حال المخبرين .

فرع

ما جازت الشهادة به اعتماداً على الاستفاضة ، جاز الحلف عليه اعتماداً عليها ، بل أولى ، لأنه يجوز الحلف على خط الأب دون الشهادة .

الطرف الثالث في تحمل الشهادة وأدائها . أما الأداء ، فواجب في الجملة . والكتمان حرام ، ويجب الأداء على متعين للشهادة ، متحمل لها قصداً ، دعي من دون مسافة العدوى[1] ، عدل ، لا عذر له ، فهذه

(١) قال ابن فارس : العدوى : طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك ، أي ينتقم منه باعتدائه عليك ، والفقهاء يقولون : مسافة العدوى وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ، لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعودة بعدو واحد لما فيه من القوة والجلادة .

خمسة قيود . الأول : التعيين ، فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان بأن لم يتحمل سواهما ، أو مات الباقون ، أو جنوا ، أو فسقوا ، أو غابوا ؛ لزمهما الأداء ، فلو شهد أحدهما ، وامتنع الآخر ، وقال للمدعي : احلف مع الشاهد ، عصا ، وكذا الشاهدان على رد الوديعة لو امتنعا ؛ وقال للمودع : احلف على الرد ، عصيا ؛ لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين ؛ ولو لم تكن في الواقعة إلا شاهد ، فإن كان الحق يثبت بشاهد ويمين ؛ لزمه الأداء ، وإلا فلا على الصحيح ، وحكى ابن كج وجهاً في لزومه ، لأنه ينفع في اندفاع بعض تهمة الكذب . وإن كان في الواقعة شهود ؛ فالأداء عليهم فرض كفاية إذا فعله اثنان منهم ، سقط عن الباقين، وإن طلب الأداء من اثنين ، ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان ؛ وقال ابن القاص قولان ، أصحهما : الوجوب ؛ وليس موضع الخلاف ما إذا علمنا من حالهم رغبة أو إباء .

القيد الثاني : كونه متحملاً عن قصد ، أما من سمع الشيء ، أو وقع بصره عليه اتفاقاً ، فالأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء أيضاً ، لأنها أمانة وشهادة عنده ، والثاني : لا ، لعدم التزامه .

القيد الثالث : أن يدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة ، ومتى كان القاضي في البلد فالمسافة قريبة ، وكذا لو دعي[1] إلى مسافة يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى أهله في يومه ، وإن دعي إلى مسافة القصر لم تجب الإجابة ، وإن كان بينهما لم تجب أيضاً على الأصح ، وهذا كله تفريع على الصحيح ، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي لأداء الشهادة وعن القاضي أبي حامد أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إن اجتمع هو والقاضي .

القيد الرابع : كون الشاهد عدلاً ، فإن كان فاسقاً ، ودعي لأداء الشهادة نظر إن كان فسقه مجمعاً عليه ، ظاهراً أو خفياً ، حرم عليه أن

---

(١) في الأصل : ادعى .

يشهد ، وإن كان مجتهداً فيه ، كشرب النبيذ ، لزمه أن يشهد ، وإن كان القاضي يرى التفسيق به ورد الشهادة ، لأنه قد يتغير اجتهاده • وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يجب [في] الفسق المجتهد فيه إذا كان طاهراً[1] ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يجب مطلقاً في الفسق الخفي ، وفي الظاهر وجهان ، والمذهب ما سبق ، وحكى ابن كج وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقده الشاهد ، كالبيع الذي يترتب عليه شفعة الجوار ، والشاهد لا يعتقدها • ولو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه ، لم يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين •

القيد الخامس : عدم العذر ، كالمرض ونحوه ، فالمريض الذي يشق عليه الحضور لا يكلف أن يحضر ، بل إما أن يشهد على شهادته ، وإما أن يبعث القاضي إليه ، بأن يسمع شهادته ، والمرأة المخدرة كالمريض، وفيها الخلاف السابق في الباب الثالث من أدب القضاء ، وغير المخدرة يلزمها الحضور والأداء ، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه ، وحكى الشيخ أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت لأداء الشهادة ، لأنه لا يؤمن أن يرد شهادته جوراً وتعنتاً فيعير بذلك ، فعلى هذا عدالة القاضي وجمعه الشروط المعتبرة شرط سادس •

قلت : الراجح الوجوب • والله أعلم

وإذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق القاضي إرهاقاً ، بل إن كان في صلاة أو حمام ، أو على طعام ، فله التأخير الى أن يفرغ ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور ، قال ابن كج : ولو شهد ورد القاضي شهادته

---

(1) في احدى نسخ الظاهرية : حاضراً .

بعلة الفسق ، ثم طلب المدعي أن يشهد له عند قاضٍ آخر ، لزمه الإجابة ولا يلزمه عند ذلك القاضي على الصحيح ، قال ابن كج : ولو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير ، قال ابن القطان : لا تلزمه الإجابة ، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماع البينة وهو القاضي ، قال ابن كج : وعندي أنه يلزمه إذا علم أنه يصل به إلى الحق .

قلت : قول ابن كج أصح . **والله أعلم**

فرع

إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياء من المشهود عليه ، قال القاضي حسين : يعصي ، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى يتوب ، ويوافق هذا ما قيل : إن المدعي لو قال للقاضي : عند فلان شهادة ، وهو ممتنع من أدائها ، فأحضره ليشهد ، لم يجبه القاضي ، لأنه فاسق بالامتناع بزعمه ، فلا ينتفع بشهادته .

قلت : ينبغي أن يحمل هذا على ما إذا قال : هو ممتنع بلا عذر . **والله أعلم**

فصل

وأما تحمل الشهادة ، ففرض كفاية في عقد النكاح ، لتوقف الانعقاد عليه ، فإن امتنع الجميع منه ، أثموا . ولو طلب من اثنين التحمل ، وهناك غيرهما ، لم يتعينا بلا خلاف ، وأما في التصرفات المالية والأقارير ، فهل التحمل فرض كفاية أم مستحب ؟ وجهان الصحيح الأول ، وبه قطع العراقيون للحاجة إليها ، ومنهم من يقتضي كلامه طرد الخلاف في النكاح أيضاً وليس بشيء وإذا قلنا بالافتراض ، فذلك إذا حضر المحمل ، أما إذا دعي للتحمل فقيل : تجب الإجابة أيضاً ، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد ، والبغوي ، وأبو الفرج ، أنه لا يجب إلا أن يكون المحمل معذوراً بمرض أو حبس ، أو كانت امرأة مخدرة إذا

أثبتنا للتخدير أثراً[1] وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده على أمر ثبت عنده لزمه الإجابة •

فرع

إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها ، فقد أحسن ، وإن طمع في مال ، فهو إما رزق من بيت المال ، وإما من مال المشهود له ، فأما الرزق من بيت المال ، فقد ذكر الشيخ أبو حامد ، وابن الصباغ وآخرون أن الشاهد ليس له أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة ، وقيل : له ذلك ، فإن قلنا بالأول ، فرزقه الإمام من ماله ، أو واحد من الرعية ، فالحكم كما ذكرنا في القاضي ، وأما مال المشهود له ، فليس للشاهد أخذ أجرة على أداء الشهادة ، ووجهوه بأنه فرض عليه ، فلا يستحق عليه عوضاً ، ولأنه كلام يسير لا أجرة لمثله • وأما إتيان القاضي والحضور عنده . فإن كان معه في البلد فلا يأخذ شيئاً ، وإن كان نائبه من مسافة العدوى ، فما فوقها ، فله طلب نفقة المركوب • قال البغوي : وكذا نفقة الطريق ، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئاً ليصرفه في نفقة الطريق ، وأجرة المركوب هل له أن يصرفه إلى غرض آخر ، ويمشي وهما كالوجهين فيما لو أعطى فقيراً شيئاً وقال : اشتر لك به ثوباً ، هل له أن يصرفه إلى غير الثوب ، والأصح الجواز فيهما ، فهذا ما قيل : إن الشاهد يأخذه من المشهود له ولم يتعرض أكثرهم لما سوى هذا ، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد أن الشاهد لو كان فقيراً يكسب قوته يوماً يوماً وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه ، لم يلزمه الأداء إلا إذا بذل له المشهود [له] قدر كسبه في ذلك الوقت ، هذا حكم الأداء • فلو طلب الشاهد أجرة لتحمل الشهادة ، فإن لم يتعين عليه ، فله ذلك ، وكذا إن تعين على الأصح ، قال أبو الفرج : هذا إذا دعي ليتحمل ، فأما إذا أتاه المحمل ، فليس للتحمل والحالة هذه أجرة ، وليس

(١) في الأصل : اثر .

له أن يأخذ شيئاً ، ومقتضى قولنا : له طلب الأجرة إذا دعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء ، سواء كان القاضي معه في البلد أم لا ، كما لافرق في التحمل ، وأن يكون[1] النظر إلى الأجرة مطلقاً لا إلى أجرة المركوب ونفقة الطريق خاصة ، ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء ، ولا يمنع ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح .

: هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق ، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد ، فهو محتمل ، والوجوب ظاهر حينئذ . والله أعلم .

فرع

كتابة الصكوك هل هي فرض كفاية، أم مستحب ؟ وجهان أصحهما الأول ، وبه قطع السرخسي ، فإن قلنا : مستحبة أو فرض ، ولم يتعين لها شخص ، فله طلب الأجرة . وإن تعين ، فكذلك على الأصح ، هذا إذا لم يرزق الكاتب من بيت المال لكتابة الصكوك ، فإن رزق لذلك ، فلا أجرة .

فصل

في آداب التحمل والأداء منقولة من مختصر الصيمري

ينبغي للشاهد أن لايتحمل ، وبه ما يمنعه من الضبط ، وتمام الفهم، كجوع وعطش ، وهم وغضب ، كما لايقضي في هذه الأحوال وإذا أتاه من لاتجوز الشهادة عليه ، كصبي ومجنون ، لم يلتفت إليه ، وإن أُتي بكتاب أنشىء على خلاف الإجماع ، فكذلك ، وتبين فساده ، وإن أنشىء على مختلف [فيه] بين العلماء وهو لايعتقده ، فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده ؟ وجهان سبقا ، وإذا رأى

(1) في الأصل : يكن .

كلمة مكروهة أو معادة ، فلا بأس بالضرب عليها لاسيما إذا لم يسبقه بالشهادة أحد ، وإن أغفل الكاتب ما لابد منه ، ألحق به ، وإن رأى سطراً ناقصاً شغله بخط أو خطين ، وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين [مثلاً] ، وقال : عرفتما ما فيه ؟ أشهد عليكما به ؟ فقالا : نعم أو أجل أو بلى ، كفى للتحمل ، ولا يكفي أن يقول المحمل : الأمر إليك أو إن شئت ، أو كما ترى ، أو أستخير الله تعالى ، وإذا سمع إقراراً بدين أو طلاق أو عتق ، فله أن يشهد به ، ولكن لايقول ولا يكتب : أشهدني بذلك ، ويكتب الشاهد في الكتاب الذي تحمل فيه اسمه واسم أبيه وجده ، ويجوز أن يترك اسم الجد ، وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته به ، ولا يكتب الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب فيميز بالكنية ، وقد يستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما ذكرناه في الباب الثاني من أدب القضاء[1] ، وإذا أشهده القاضي على شيء قد سجل به كتب الشهادة على إنفاذ[2] القاضي ما فيه ، أو حكم بما فيه ، ولا يكتب الشهادة على إقراره يعني إذا حضر الإنشاء والأولى في كتابة الدين المؤجل أن يقرر صاحب الدين أولاً بأن يقول : ما الذي لك على هذا ؟ فإذا قال : كذا مؤجلاً قرر المدين ، لأنه لو أقر المدين أولاً قد ينكر صاحب الأجل ، وفي السلم يقرر المسلم أولاً خوفاً من أن ينكره المسلم لو أقر أولاً ، ويطالبه بالمدفوع إليه • وإذا أتى القاضي شاهد[3] لأداء شهادة أقعده عن يمينه[4] ، وإن كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله ، فإذا سأله المشهود له ، استأذن القاضي ، ليصغي إليه ، ولو شهد قبل استئذان القاضي وسؤاله ، صحت على الصحيح ،

(١) في احدى نسخ الظاهرية : أدب القاضي .
(٢) في الأصل : نفاذ .
(٣) في الأصل : شاهداً .
(٤) في الأصل : ليمين .

لكن لو شهد قبل استئذانه ، فقال القاضي : كنت ذاهلاً لم أسمع ، لم يعتد بها • والله المستعان •

الباب الرابع في الشـاهد مع اليمـين :

يجوز القضاء بشاهد ويمين في الجملة ، فما ثبت برجل وامرأتين ثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء وما في معناها ، ومالا يثبت برجل وامرأتين لايثبت بشاهد ويمين ، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين في الأموال قطعاً ، ولا فيما يثبت بشهادة النسوة منفردات على الأصح • ثم هل القضاء بالشاهد وحده ، واليمين مؤكدة أم بها وحدها ، وهو مؤكد ، أم بهما ؟ أوجه ، أصحها الثالث ، فلو رجع الشاهد ، فإن قلنا بالأول ، غرم ، أو بالثاني ، فلا ، أو بالثالث ، غرم النصف[1] ، ثم يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد وتعديله ، وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين على شهادته ، كما يجوز تقديم المرأتين على الرجل ، والصحيح الأول ، ويجب أن يتعرض الحالف في اليمين لصدق الشاهد ، فيقول : والله إن شاهدي لصادق ، وإني مستحق لكذا ، قال الإمام : ولو أخر تصديق الشاهد ، وقدم ذكر الاستحقاق ، جاز ، ولم أجد أحداً يضايق فيه • ولو فسق الشاهد بعد القضاء ، لم ينقض الحكم ، وإن فسق قبله ، صار كأن لا شاهد ، فيحلف المدعى عليه ، فإن نكل ، حلف المدعي ، ولم يعتد بما مضى ، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده ، وطلب يمين الخصم ، فله ذلك ، فإن حلف ، سقطت الدعوى • قال ابن الصباغ : وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف مالو أقام بعد يمين المدعى عليه بينة ، فيسمع ، وإن نكل المدعى عليه ، فأراد المدعي يمين الرد مكن منها

(١) في الأصل : لزم غرم النصف .

على الأظهر ، ويجري القولان فيما لو ادعى مالاً ونكل المدعى عليه ، ولم يحلف المدعي يمين الرد ، ثم أقام شاهداً واحداً ، وأراد أن يحلف معه ، فإن قلنا : ليس له أن يحلف يمين الرد ، فالمنقول أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف ، أو يقر، لأن يمينه حق المدعي، فلا يتمكن من إسقاطها، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده، فينبغي أن لايحبس المدعى عليه . وقد ذكر ابن الصباغ نحو هذا . ولو أن المدعي بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود ، فيحلف مع شاهده ، نقل المحاملي أنه ليس له ذلك لأن اليمين صارت في جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر، ويستأنف الدعوى، ويقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه .

فصل

جارية وولدها في يد رجل يسترقهما ، فقال آخر : هذه مستولدتي والولد مني علقت به في ملكي ، فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدعيه ، وإن أقام رجلاً وامرأتين ، أو رجلاً وحلف معه ، ثبت الاستيلاد ، لأن حكم المستولدة حكم المال ، فيسلم إليه ، وإذا مات ، حكم بعتقها بإقراره ، وهل يحكم له بالولد ؟ قولان ، أظهرهما : لا ، لأنه لا يدعي ملكه ، بل نسبه وحريته ، وهما لايثبتان بهذه الحجة ، فيبقى الولد في يد صاحب اليد . وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي ، فيه ما ذكرنا في الإقرار واللقيط في استلحاق عبد غيره ، والثاني : نعم تبعاً لها ، فينتزع من المدعى عليه ، فيكون حراً نسبياً بإقرار المدعي . ولو كان في يد رجل شخص ادعى أنه رقيقه ، فادعى آخر أنه كان له ، وأنه أعتقه ، وأقام شاهداً وحلف ، أو رجلاً وامرأتين ، نص الشافعي أنه ينتزع منه، ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره ، فمن الأصحاب من قال : [في] قبول هذه البينة والانتزاع قولان ، كالصورة السابقة ، لأنها شهادة

بملك متقدم ، والمذهب القطع بالعتق بالقبول والانتزاع ، كما نص عليه، والفرق أن المدعي هنا يدعي ملكاً ، وحجته تصلح لاثباته ، والعتق يترتب عليه بإقراره • ولو قال المدعي في صورة الاستيلاد لصاحب اليد : استولدتها أنا في ملكك ، ثم اشتريتها مع الولد ، فعتق الولد علي ، وأقام عليه حجة ناقصة ، فالعتق الآن مرتب على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة ، فيكون على الطريقين ، كذا ذكره القفال • هذا كلام الأصحاب في جميع طرقهم في الصورتين ، وانفرد الإمام والغزالي فحكيا(١) عن الأصحاب والمزني والنص أشياء منكرة محولة عن وجهها، وفي « المختصر » التصريح بخلافها ، وكذا كتب الأصحاب •

فصل

ادعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لمورثهم ، فإنما يحكم على المدعى عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء : الموت والوراثة والمال ، والأول والثاني لامدخل فيهما للشاهد واليمين ، بل لايثبتان إلا بشاهدين أو إقرار المدعى عليه ، وأما المال ، فيدخله الشاهد واليمين ، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون ، وأقاموا شاهداً وحلفوا معه استحقوا ، والمأخوذ تركة يقضى منها ديون الميت ووصاياه ، وإن امتنع جميعهم وعلى الميت دين ، فهل للغريم أن يحلف ؟ ذكرنا في التفليس فيه قولين ، الجديد الأظهر المنع ، ويجريان فيما لو كان أوصى لرجل ، ولم يحلف الورثة ، هل يحلف الموصى له ؟ فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد أجنبي فينبغي أن لايكون فيه خلاف ، ويقطع بالجواز ، فإن حلف بعض الورثة دون بعض ، أخذ الحالف نصيبه والنص أنه لايشاركه فيه من لم يحلف، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا داراً إرثاً ، فصدق المدعى عليه

---

(١) في الأصل : محكياً .

أحدهما في نصيبه شاركه المكذب ، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولاً أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف ، لأن الإرث يثبت على الشيوع ، وقطع الجمهور بأن لا شركة هنا ، كما نص ، والفرق من وجهين حكاهما الإمام ، أحدهما : أن صورة الصلح مصورة في عين ، وأعيان التركة مشتركة بين الورثة ، والمصدق معترف بأنه من التركة ، والصورة هنا في دين ، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض ، فالذيأخذه الحالف يتعين لنصيبه بالقبض ، فلم يشاركه الآخر فيه ، فعلى هذا لو كانت صورة الصلح في دين ، لم تثبت الشركة، ولو فرض شاهد ويمين بعض الورثة في عين ، تثبت الشركة . والفرق الثاني وهو الذي ذكره الجمهور أن الثبوت هنا بشاهد ويمين ، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل بيمين غيره وهناك ثبت بإقرار المدعى عليه ، ثم ترتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث ، فعلى هذا لافرق بين العين والدين ، ولا في صورة إقرار المدعى عليه ؛ وأشار في « الوسيط » إلى تخريج خلاف في مسألة الصلح بما نحن فيه ، ولا يعرف هذا لغيره ، وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين أم بالحصة ؟ قال في « الشامل » يبنى على أن الغريم هل يحلف ؟ إن قلنا : نعم لم يلزمه إلا قضاء حصته ، وإن قلنا : لا ، بني على أن من يحلف من الورثة هل يشارك الحالف إن قلنا : نعم قضى الجميع ، لأنا أعطيناه حكم التركة وإلا فبالحصة . هذا حكم نصيب الحالف ، أما من لم يحلف ، فإن كان حاضراً كامل الحال ، ونكل عن اليمين ، ذكر الإمام أن حقه[1] يبطل بالنكول ، ولو مات ، لم يكن لوارثه أن يحلف . وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه . قال الإمام : ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه ، لم يكن له أيضاً ، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول ، ليحكم بالبينة ؟ فيهاحتمالان

(١) في الأصل : حصته .

جاريان فيما لو أقام مدع شاهداً في خصومة ، ثم مات ، فأقام وارثه شاهداً آخر ، فيجوز أن يقال : له البناء عليه ، ويجوز أن يقال : عليه تجديد الدعوى ، وإقامة البينة ، وأنه لو أقام الورثة شاهداً ، وحلف معه بعضهم ، ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل ، كان لوارثه أن يحلف ، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد ؟ فيه التردد المذكور ، والأصح أنه لايحتاج . وإن كان الذي لم يحلف صبياً أو مجنوناً أو غائباً ، نص الشافعي رحمه الله في المجنون أنه يوقف نصيبه. واختلفوا في معناه ، فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب : المراد أنا[1] نمتنع من الحكم في نصيبه ، ويتوقف حتى يفيق ، فيحلف أو ينكل ، ولا يؤخذ نصيبه وقيل : أراد أنه يؤخذ نصيبه ويوقف ، وهذا أحد قوليه ان الحيلولة هل تثبت بشاهد ؟ والصبي والغائب كالمجنون . وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة ، أو لم يشعر بالحال ، كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل ، فإن قلنا بالصحيح وهو أنه لايؤخذ نصيب المعذورين ، فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم ، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة بخلاف مالوكانت الدعوى لا عن جهة الإرث ، بأن قال:أوصى لي ولأخي الغائب أو الصبي أبوك بكذا ، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا ، وأقام شاهداً ، وحلف معه ، فإنه إذا قدم الغائب ، وبلغ الصبي يحتاجان إلى تجديد الدعوى وإعادة الشهادة[2] أو شاهد آخر ، ولا يؤخذ نصيبهما قبل ذلك ، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد وهو الميت ، وكذلك يقضى دينه من المأخوذ ، وفي غير الميراث الدعوى والحق الأشخاص .

(١) في الأصل : إنما .

(٢) في الأصل : الشاهد .

فليس لأحد أن يدعي ويقيم البينة عن غيره بغير إذن أو ولايـة . ثم ماذكرنا في الميراث أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد ، فإن تغير ، فوجهان ، أحدهما وبه قال القفـال : لا يقدح وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا ، لأنه قد اتصل الحكم بشهادته ، فلا أثر للتغير ، والثاني ، وهو اختيار الشيخ أبي علي : لا يحلفون ، لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف فقط ، ولهذا لو رجع الشاهد لم يكن لهم أن يحلفوا ، ولو مات الغـائب أو الصبي ، فلوارثه أن يحلف ويأخذ حصته ، فإن كان وارثه هو الحالف، لم تحسب يمينه الأولى ، ولو ادعى شخص على ورثة رجل ان مورثكم أوصى لي ولأخي، أو ولأجنبي بكذا ، وأقام شاهداً ، وحلف معه ،وأخذ نصيبه ، لم يشاركه الآخر فيه بلا خلاف ، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج أن من يحلف من الورثة على دين أو عين للمورث[1] يحلف على الجميع لاعلى حصته فقط ، سواء حلف كلهم أو بعضهم ، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا : يحلفان ، وفي كلام غيره إشعار بخلافه ، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً واحداً ، وحلف معه ، فأما إذا أقـام بعضهم شاهدين ، فإنه يثبت المدعى كله ، فإذا حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم ، أو عقل مجنونهم ، أخذ نصيبه ، ولا حاجة إلى تجديد الدعوى وإقامة البينة ، وينتزع القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبـي والمجنون ، ديناً كان أو عيناً ، ثم يأمر بالتصرف فيه بالغبطة كيلا يضيع عين ماله ، وأما نصيب الغائب ، فإن كان عيناً انتزعها ، وكلام الأصحاب يقتضي أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر ، لكن سبق في باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب ، ففي وجوب قبوله وجهان ، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة ، وإن

---

(١) في الأصل : المورث .

كان المدعى ديناً ، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين، وحمله إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه ،والأصح في الصورتين عدم الوجوب ، وحكاه ابن كج في مسألتنا عن النص . واعلم أنه سبق في كتاب الشركة أن أحد الوارثين لاينفرد بقبض شيء من التركة ، ولو قبض شاركه الآخر فيه ، وقالوا هنا : يأخذ الحاكم نصيبه ، كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذراً في تمكين الحاضر من الانفراد، ولو ادعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا ، وأقام شاهدين وفلان غائب أو صبي ، لم يؤخذ نصيب فلان بحال ، وإذا حضر وبلغ ، فعليه إعادة الدعوى والبينة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث لشخص واحد .

فرع

لو كان للوارث الغائب وكيل وقد أقام الحاضر البينة ، قال أبو عاصم : يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي ، فإن لم يكن ، قبض القاضي ، ويؤجر[1] لئلا تفوت المنافع .

فصل

هل يثبت الوقف بشاهد ويمين ، إن قلنا : الملك فيه للواقف أو الموقوف عليه ، فنعم ، وإن قلنا : لله تعالى ، فوجهان ، أو قولان ، أحدهما : لا ، وبه قال المزني وأبو إسحاق كالعتق ، والثاني : نعم ، وبه قال ابن سريج وابن سلمة ، والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول ، وينسبونه إلى عامة الأصحاب ، لكن الثاني أقوى في المعنى وهو المنصوص ، وصححه الإمام والبغوي وغيرهما ، وجزم به الغزالي . ولو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار ، وقالوا : كانت

(1) في الأصل : ويؤخر .

لأبينا وقفها علينا وعلى فلان ، تثبت دعوى الغصب بشاهد ويمين ، ويثبت بهما أيضاً الوقف إن أثبتناه بشاهد ويمين،وإلا فيثبت بإقرارهم •

ولو مات عن بنين ، فادعى ثلاثة منهم أن أباهم وقف عليهم هذه الدار ، وأنكر سائر الورثة ، فأقاموا شاهداً ليحلفوا معه تفريعاً على ثبوت الوقف بشاهد ويمين ، فلدعواهم صورتان إحداهما : أن يدعوا وقف ترتيب ، فيقولوا : وقف علينا وبعدنا على أولادنا وعلى الفقراء ، فلهم بعد إقامة البينة[1] ثلاثة أحوال : أن يحلفوا جميعاً ، فيثبت الوقف ، ولا حق لسائر الورثة في الدار ، فإذا انقرض المدعون ، أخذ البطن الثاني الدار وقفاً ، وهل يأخذونه بيمين أم بلا يمين ؟ وجهان ، ويقال قولان ، الأصح عند الجمهور : بلا يمين وهو ظاهر نصه في « المختصر » وإذا انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث والرابع عاد الخلاف ، فإنقلنا : يأخذون بيمين مكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء ، نظر إن كانوا محصورين ، كفقراء قرية ومحلة ، فكذلك الجواب ، وإن لم يكونوا محصورين فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثاً ، أم يصرف إليهم بلا يمين أم يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على تعذر مصرفه كالوقف المنقطع ؟ فيه ثلاثة أوجه •

قلت : الأصح يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرها ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع **والله أعلم** •

ولو مات أحد الحالفين ، صرف نصيبه إلى الآخرين ، فإن مات آخر ، صرف الجميع إلى الثالث ، لأن استحقاق البطن الثاني إنما هو بعد انقراض الأولين ، ثم أخذ الآخرين يكون بلا يمين على المذهب ، وقيل : وجهان كالبطن الثاني •

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الشهادة .

الحال الثاني : أن ينكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد ، فالدار تركة يقضى منها الدين والوصية ، ويقسم الباقي بين الورثة ، ويكون حصة المدعين وقفاً بإقرارهم ، وحصة سائر الورثة طلقاً لهم ، فإذا مات المدعون ، لم يصرف نصيبهم إلى أولادهم على سبيل الوقف إلا بيمين على الأصح ، وقيل : يصرف إليهم وقفاً بلا يمين ، ولو أراد الأولاد أن يحلفوا ويأخذوا جميع الدار وقفاً ، فلهم ذلك على الأظهر ، لأنهم أصحاب حق ، فإذا أبطل آباؤهم حقهم بالنكول ، فلهم أن لايبطلوا حقهم ، ويجري القولان ، سواء قلنا : لو لم يحلفوا لايكون شيء منها وقفاً ، أم قلنا : حصة الأولين تبقى وقفاً ، وإن لم يحلفوا ، وهل يجري القولان في حياة الأولين إذا نكلوا ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لبطلان حقهم ، وتعذر الصرف إليهم بنكولهم ، كما لو ماتوا ، وأصحهما : لا ، لأن استحقاق البطن الثاني شرطه انقراض الأول .

الحال الثالث : أن يحلف بعضهم دون بعض ، فإذا حلف واحد ، ونكل اثنان ، أخذ الحالف الثلث وقفاً ، وأما الباقي ، فهو تركة تقضى منها الديون والوصايا ، فما فضل ، ففيه وجهان ، قال في « الشامل » : يقسم بين جميع الورثة ، فما خص البنين الثلاثة كان وقفاً على الناكلين، لأن الحالف معترف لهما بذلك ، والأصح وبه قطع المحاملي والبغوي وغيرهما أنه يقسم بين المنكرين من الورثة واللذين نكلا دون الحالف ، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذ،ثم حصة الناكلين تكون وقفاً بإقرارهما، فإذا مات الناكلان والحالف حي ، فنصيبهما للحالف على ماشرط الواقف بإقرارهما، وفي اشتراط يمينه الوجهان، فإذا مات الحالف ،فالاستحقاق للبطن الثاني ، وفي حلفهم الخلاف السابق ، وإن كان الحالف ميتاً عند موت الناكلين ، فأراد أولادهما أن يحلفوا ، فعلى القولين السابقين في أولاد الجميع إذا نكلوا ، الأظهر لهم الحلف ، وفي نصيب الحالف الميت

قبلهما ثلاثة أوجه ، أحدها : يصرف إلى الناكلين ، فعلى هذا في حلفهما الخلاف . فإن قلنا : يحلفان ، فنكلا سقط هذا الوجه ، والثاني : يصرف الى البطن الثاني ، وهو الأصح عند الجمهور ، وهو ظاهر إشارتـه في « الأم » لأنهما أبطلا حقهما بنكولهما ، وصارا كالمعدومين . والثالث : أنه وقف تعذر مصرفه ، فعلى هذا هل يبطل أم يبقى ، وإذا بقي فهل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف أم كيف حاله ؟ فيه خلاف سبق في الوقف بتفريعه ، والمذهب أنه يبقى وقفاً ، ويصرف الى أقرب الناس إلى الواقف ، فعلى هذا إذا زال التعذر بموت الناكلين ، صرف إلى البطن الثاني ، ويجيء في حلف أقرب الناس إذا قلنا : يصرف إليهم الخلاف .

فرع

إذا تصادقت الورثة على أن الدار وقف أبيهم ، ثبت الوقف ، ولا حاجة إلى شاهد ويمين .

فرع

ادعوا على رجل داراً في يده أنه وقفها عليهم ، أو على ورثة أن مورثهم وقفها عليهم وأقاموا شاهداً نظر : أحلفوا[1] مع شاهدهم ، أم نكلوا ، أم حلف بعضهم ، ونكل بعضهم ، وتجيء الأحوال الثلاثة كما سبق ، لكن حيث جعلنا كل المدعى أو بعضه تركة هناك ترك هنا في يد المدعى عليه .

الصورة الثانية : أن يدعوا وقف تشريك ، فيقول البنون الثلاثة في المثال المذكور : هو وقف علينا وعلى أولادنا وأولاد أولادنا ما تناسلنا ،

---

(١) في الأصل : نظر إن حلفوا .

فإذا انقرضنا ، فعلى الفقراء ، فأقاموا بذلك شاهداً ، وإن حلفوا معه أخذوا الدار وقفاً ، ثم إذا حدث لأحدهم ولد ، فمقتضى الوقف شركته، فيوقف ربع الغلة إلى أن يبلغ ، فيصرف إليه إن حلف ، ولم يجعلوه على الخلاف في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى يمين إذا حلف البطن الأول ، بل[1] جزموا باحتياجه إلى اليمين بعد البلوغ إلا السرخسي ، فحكى فيه وجهاً . ثم إن الربع الموقوف هل يوقف في يد البنين الثلاثة ، أم ينتزع ، ويجعله في يد أمين ؟ وجهان أصحهما : الثاني ، فإن نكل بعد بلوغه صرف الموقوف إلى الثلاثة ، وجعل كأنه لم يولد ، هذا هو المنصوص ، وبه قال الجمهور ، وحكي وجه أو تخريج أن نصيب المولود وقف تعذر مصرفه ، فيجيء الخلاف السابق ، لأن الثلاثة معترفون بأنه له ، فكيف يأخذونه بامتناعه باليمين ، ولو مات بعد البلوغ والنكول ، لم يستحقها . فأما رقبة الوقف وغلتها بعد موت الولد ، فمقتضى الشرط أن يستغرقها الثلاثة الحالفون ، وليس عليهم تجديد يمين على المذهب ، وكأن المولود لم يكن . ولو مات أحد الحالفين في صغر الولد وقف من يوم موته للولد ثلث الغلة ، لأن المستحقين صاروا ثلاثة فإن بلغ وحلف ، أخذ الربع والثلث الموقوفين ، وإن نكل صرف الربع إلى الابنين الباقيين وورثة الميت ، وصرف الثلث إلى الباقين خاصة ، ويعود فيه التخريج السابق . ولو بلغ الولد مجنوناً أدمنا الوقف طمعاً في إفاقته ، فإن ولد له قبل أن يفيق وقف له الخمس ، وللمولود الخمس من يوم ولادة الولد ، فإن أفاق المجنون ، وبلغ ولده وحلفا ، أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده ، والخمس من يومئذ ، وأخذ ولده الخمس من يومئذ . ولو مات المجنون في جنونه

---

(١) في الأصل : ثم .

بعدما ولد وله ، فالقلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا ، ويوقف لولده[1] من يوم ثبوته ربع الغلة ، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولاً. فإن نكلوا عن اليمين مع الشاهد ، فلمن حدث بعدهم أن يحلف بلا خلاف . لأنه شريك الأولين بتلقي الوقف من الواقف لا محالة ، وان حلف بعضهم دون بعض ، أخذ الحالف نصيبه ، وبقي الباقي على ماكان وبالله التوفيق.

الباب الخامس في الشهادة على الشهادة

هي مقبولة في غير العقوبات ، كالأموال والأنكحة والبيع ، وسائر العقود ، والفسوخ ، والطلاق ، والعتاق ، والرضاع . والولادة ، وعيوب النساء سواء حق الآدمي ، وحق الله تعالى ، كالزكاة ووقف المساجد ، والجهات العامة . وأما العقوبات ، فالمذهب القبول في القصاص ، وحد القذف ، والمنع في حدود الله تعالى . قال ابن القاص : والإحصان كالحد . ولو شهد اثنان على شهادة آخرين أن الحاكم حد فلاناً ، قبلت بلا خلاف ، ذكره ابن الصباغ ، لأنه حق آدمي فإنه اسقاط حد عنه ، ثم في الباب أربعة أطراف :

[الأول] في تحملها[2] وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت ، ولمعرفته أسباب ، أحدها أن يسترعيه الأصل ، فيقول : أنا شاهد بكذا ، وأشهدتك على شهادتي ، أو يقول : أشهدك أو اشهد على شهادتي بكذا ، أو يقول : إذا استشهدت على شهادتي ، فقد أذنت لك في أن تشهد ، أما إذا سمع انساناً يقول : لفلان على فلان كذا ، أو أشهد أن لفلان على فلان كذا ، لا على صورة أداء الشهادة ، فلا يجوز أن يشهد على شهادته ، لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك

---

(١) في الأصل : له ولده .

(٢) في الأصل : محملها .

على عدة ونحوها ، وكذا لو قال : عندي شهادة بكذا فلو قال : عندي شهادة مجزومة أو شهادة أثبتها[1] أولا أتمارى فيها وما أشبه ذلك ، فوجهان . أصحهما وأوفقهما لإطلاق الأكثرين : المنع أيضاً . ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة . فلو قال : أعلم ، أو أخبر ، أو أستيقن ، لم يكف كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ ، فإن القاضي لا يحكم بها ، قال الإمام : وأبعد بعض الأصحاب ، فأقام اللفظ الذي لا تردد فيه مقام لفظ الشهادة ، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي ، وعن شهادتي ، لكنه أتم ، فقوله : أشهدك على شهادتي تحميل ، وقوله : عن شهادتي إذن في الأداء كأنه قال : أدها عني . ولإذنه أثر . ولهذا لو قال بعد التحمل : لا تؤد عني امتنع عليه الأداء ، وقيل : يشترط ذلك في الاسترعاء ، حكاه ابن الصباغ . وإذا حصل الاسترعاء ، لم يختص التحمل بمن استرعاه[2] .

السبب الثاني : أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لفلان على فلان كذا ، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه ، لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند القاضي إلا تحقق[3] الوجوب ، وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاض آخر ، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي سواء جوزنا التحكيم أم لا . وقال الاصطخري : إنما تجوز إذا جوزناه ، والصحيح الأول ، لأنه لا يشهد عند المحكم إلا وهو جازم بثبوت المشهود به .

---

(١) في الأصل : أبتها .

(٢) في الأصل : بما .

(٣) في الأصل : لحقق .

السبب الثالث : أن يبين سبب الوجوب ، فيقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع ، أو قرض ، أو أرش جناية ، فتجوز الشهادة على شهادته ، وإن لم يشهد عند القاضي، ولم يؤخذ منه استرعاء، لأن الإسناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل ، هذا ما يوجد لعامة الأصحاب ، ونقل الشيخ أبو حاتم القزويني وجهاً أن الإسناد إلى السبب لايكفي للتحمل ، ووجهاً أن الشهادة عند القاضي لاتكفي أيضاً ، بل يشترط الاسترعاء ، والصحيح ما سبق .

فرع

إذا قال : علي لفلان ألف ، فوجهان ، قال أبو إسحاق : لايجوز أن يشهد عليه بهذا القدر ، بل يشترط مع ذلك قرينة تشعر بالوجوب بأن يسنده إلى سبب ، فيقول : من ثمن مبيع ، أو يسترعيه ، فيقول : فاشهد علي به ، والثاني وهو الصحيح : أن[1] مجرد الإقرار كاف للتحمل بخلاف الشهادة على الشهادة، لأن الشهادة يعتبر فيها ما لايعتبر في الإقرار ، ولهذا يقبل إقرار الفاسق والمغفل والمجهول دون شهادتهم .

فرع

الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل ، فإن استرعاه الأصل، قال : أشهد أن فلاناً شهد أن لفلان على فلان كذا ، وأشهدني على شهادته ، وإن لم يسترعه ، بين أنه[2] شهد عند القاضي أو أنه أسند[3] المشهود به إلى سبب ، قال الإمام : وذلك لأن الغالب على الناس

---

(١) في الأصل : أنه .
(٢) في الأصل : أن .
(٣) في الأصل : اشهد .

الجهل بطريق التحمل ، فإن كان ممن يعلم ، ووثق به القاضي ، جاز أن يكتفي بقوله : أشهد على شهادة فلان بكذا ، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب ثبت هذا المال ، وهل أخبرك به الأصل ؟ هذا إذا لم يبين السبب •

الطرف الثاني في صفات شاهد الأصل ، وما يطرأ عليه • لايصح تحمل الشهادة على شهادة فاسق ، أو كافر ، أو عبد ، أو صبي ، أو عدو ، لأنهم غير مقبولي الشهادة ، فلو تحمل والأصل بصفات الشهود، ثم طرأ ما يمنع قبولها ، أو الوصول إليها ، نظر إن كان الطارىء موتاً أو غيبة أو مرضاً ، لم يؤثر ، وإن عرض فسق أو عداوة أو ردة ، لم تقبل شهادة الفرع مادامت هذه الأحوال بالأصل ، فإن زالت هل يشهد الفرع بالتحمل الأول ، أم يشترط تحمل جديد ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، قاله ابن سريج ، وصححه الإمام • ولو حدث الفسق ، أو الردة بعد الشهادة ، وقبل القضاء امتنع القضاء ، ولو طرأ على الأصل جنون، فقيل : تبطل شهادة الفرع كالفسق ، والصحيح الذي قاله الجمهور : لا أثر له ، كالموت ، لأنه لايوقع ريبة فيما مضى ، ويجري الوجهان فيما لو عمي ، وأولى بأن لا يؤثر ، لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية •ولو أغمي عليه ، قال الإمام : إن كان غائباً لم يؤثر ، وإن كان حاضراً ، لم يشهد الفرع ، بل ينتظر زواله ، لأنه قريب الزوال ، ومقتضى هذا أن يكون الجواز كذلك في [كل] مرض يتوقع زواله ، كتوقع زوال الإغماء•

قلت : ليس كما قال الرافعي رحمه الله ، بل الصواب أن المرض لايلحق بالإغماء ، وإن توقع زواله قريباً ، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه • والله أعلم

ولا أثر لحدوث شيء من هذه المعاني بعد القضاء ، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل ، ثم حضر بعد القضاء ، لم يؤثر ، وإن حضر

قبله ، امتنع القضاء ، لحصول القدرة على الأصل ، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء ، امتنع القضاء ، والتكذيب بعده لا يؤثر • ولو قضى القاضي بالفرع ، ثم قامت بينة بأن الأصل كذب الفرع قبل القضاء ، فالقضاء منقوض ذكره الإمام •

فرع

هذا الذي سبق حكم صفة الأصل . أما الفرع، فلو تحمل الشهادة، وهو عبد ، أو صبي . أو فاسق ، أو أخرس ، صح تحمله ، كتحمل الأصل في هذه الأحوال ، ثم الأداء يكون بعد زوالها •

فرع

لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال ، ولا مدخل للنساء فيها وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء ، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال ، لأن شهادة الفرع تثبت الأصل لا ماشهد به الأصل ، ونفس الشهادة ليست بمال . ويطلع عليها الرجال • وحكى ابن كج وجهاً في الولادة وهو شاذ •

الطرف الثالث : في عدد شهود الفرع . فإن شهد اثنان على شهادة أصل ، وآخران على شهادة الثاني ، فقد تم النصاب ، ولو شهد فرع على أصل ، وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني ، لم يصح قطعاً ، ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معاً ، ففي قبوله قولان ، أظهرهما : الجواز ، وهو الذي رجحه العراقيون ، والإمام ، والغزالي ، والروياني، وصاحب العدة ، وخالفهم البغوي ، والسرخسي ، فإن قلنا بالمنع ، فأقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً ، فله أن يحبسهما على أيهما ، ويحلف معه ، ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين جاز على الصحيح ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين ، فإن شهدوا على

شهادة رجل وامرأتين ، فعلى قول المنع في الاثنين يشترط ستة يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد ، وعلى الأظهر يكفي اثنان للجميع ، وعلى ما نقله ابن كج في قبول النساء على النساء في الولادة هل يكفي شهادة أربع على شهادة أربع ، أم يشترط ست عشرة ، ليشهد كل أربع على واحدة ؟ وجهان • ولو شهد على شهادة الفروع فروع ، وشرطنا أن يشهد فرعان على كل أصل ، وجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان ، فيجتمع ثمانية ، ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر ، وعلى هذا القياس • وإذا أجرينا الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى ، فهل تثبت الشهادة على شهود الزنى بأربعة ، أم يكفي اثنان؟ قولان كالقولين في الإقرار بالزنى ، فإن اكتفينا باثنين ، وجوزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً ، كفى اثنان ، وإن شرطنا لكل أصل اثنين، اشترط ثمانية ، وإن شرطنا في الشهادة على الشهادة في الزنى أربعة ، فإن جوزنا شهادة فرعين على الأصلين معاً ، كفى أربعة على الأصول الأربعة ، وإن شرطنا أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان ، اشترطنا هنا ستة عشر كل أربعة على أصل •

الطرف الرابع : في أن شهادة الفروع متى تسمع • وإنما تسمع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل . أو تعسر ، وقيل : تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل ، كالرواية. والصحيح الأول، لأن باب الرواية واسع . ولهذا تقبل من المرأة والعبد . والشهادة على الشهادة جوزت للضرورة . ولا ضرورة هنا • فمن وجود التعذر الموت والعمى ، ومن التعسر المرض ، ولا يشترط أن لايمكنه الحضور ، وإنما المعتبر أن يناله بالحضور مشقة ظاهرة . ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض ، هكذا أطلق الإمام والغزالي ، وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون مايعم الأصل والفرع . كالمطر والوحل الشديد ، ولايكلف

القـاضي أن يحضر عند شاهد الأصـل ، أو يبعث نائبه إليه لما فيـه من الابتذال •

ومنها : الغيبة إلى مسافة القصر ، فإن كانت دون مسافة القصر ؛ فمنهم من أطلق وجهين ؛ منهم ابن القطان ، والأصح أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة ، أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً ، لم تسمع شهادة الفرع ، وتسمى هذه مسافة العدوى ، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأصحهما تسمع •

فصل

يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم ؛ لأنه لا بد من معرفة عدالتهم . ولا تعرف عدالتهم مالم يعرفوا • ولو وصفوهم بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا : نشهد على شهادة عدلين أو عدول ؛ لم يكف ؛ لأن القاضي قد يعرف جرحهم لو سموهم ، ولأنه ينسد باب الجرح على الخصم . ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل . بل لهم إطلاق الشهادة . ثم القاضي يبحث عن عدالتهم ؛ وحكى البغوي وجهاً في اشتراطها . والصحيح الأول ، وحكي وجه أنه يشترط أن يقول الفروع : أشهدنا على شهادته . وكان عدلاً إلى اليوم أو إلى أن مات تفريعاً على ما سبق أنه لو فسق الأصل . ثم تاب ؛ لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد . والصحيح عدم الاشتراط • فإن قلنا بالصحيح انه لا يشترط في شهادة الفرع تزكية الأصل ؛ فلو زكوهم وهم بصفات المزكين ؛ فالمذهب ــ وبهقطع الجمهور ــ أنه تقبل تزكيتهم، وتثبت عدالتهم ، والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعة ؛ وزكى أحدهما الآخر أنه لاتثبت عدالة الثاني ؛ فمنهم من جعلها على وجهين بالتخريج ؛ والمذهب الفرق أن تزكية الفروع الأصول من تتمة شهادتهم . ولذلك

شرط بعضهم التعرض لها ، فقبلت وهنـاك قام الشاهد المزكى بأحـد شطري الشهادة، فلا يصح قيامه بالثاني، ولا يشترط أن يتعرض الفروع في شهادتهم ، لصدق الأصول ، لأنهم لايعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع شاهده حيث يتعرض لصدقه ، لأنه يعرفه ، وبالله التوفيق .

الباب السادس في الرجوع عن الشهادة

رجوع الشهود عن الشهادة إما أن يقع قبل القضاء بشهادتهم ، وإما بعده . الحالة الأولى قبله ، فيمتنع من القضاء ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب ، فهم فسقة يستترون ، وإن قالوا : غلطنا ، لم يفسقوا ، لكن لا تقبل تلك الشهادة إن أعادوها ، وإن كانوا شهدوا بالزنى فرجعوا ، واعترفوا بالتعمد ، فسقوا وحدوا حد القذف ، وإن قالوا : غلطنـا ، ففي حد القذف وجهان ، أحدهما : المنع ، لأنهم معذورون ، وأصحهما يجب لما فيه من التغيير ، وكان حقهم أن يثبتوا ، فعلى هذا ترد شهادتهم، وإن قلنا : لاحد ، فلا ترد ، وإن قال الشهود للقاضي بعـد الشهادة : توقف في القضاء ، وجب التوقف ، فإن قالوا بعد ذلك : اقض ، فنحن على شهادتنا . ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان ، أصحهما : الجواز، فعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، لأنهم جزموا بها ، والشك الطارىء زال .

الحالة الثـانية : إذا رجعوا بعـد القضاء ، فرجوعهم إمـا قبل الاستيفاء ، وإما بعده ، فإن كان قبله ، نظر إن كانت الشهادة في مـال استوفي على الصحيح المنصوص ، وإن كانت في قصاص ، أو حـد القذف، لم يستوف على المذهب، لأنها عقوبة تسقط بالشبهة ،والرجوع شبهة بخلاف المال ، فإنه لايتأثر بالشبهة ، ووجـه الجواز أن حقوق الآدميين مبنية على الضيق ، وإن كانت في حدود الله تعالى لم تستوف .

وقيل : كالقصاص • وإن كانت في شيء من العقود أمضي على الأصح ، وقيل : النكاح كحد القذف ، وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع ، فاستوفى ، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء ، أما إذا رجعوا بعد الاستيفاء ، فلا ينقض الحكم • ثم قد تكون الشهادة فيما يتعذر تداركه ورده ، وقد تكون فيما لايتعذر، فهما ضربان الأول المتعذر وهو نوعان، أحدهما : العقوبات ، فإذا شهدوا بالقتل ، فاقتص من المشهود عليه ، ثم رجعوا ، وقالوا : تعمدنا قتله ، فعليهم القصاص ، أو الدية المغلظة موزعة على عدد رؤوسهم ، كما سبق في الجنايات ، وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل ، أو بزنى المحصن فرجم ، أو على بكر ، فجلد ومات منه ، أو بسرقة أو قطع فقطع ، أو بقذف أو شرب فجلد ومات منه ، ثم رجعوا • ويحدون في شهادة الزنى وحد القذف أولاً ، ثم يقتلون ، وهل يرجمون أو يقتلون بالسيف ؟ فيه احتمالان ، ذكرهما أبو الحسن العبادي ، والصحيح الأول • ثم هنا صور إحداها : لو رجع القاضي دون الشهود ، وقال:تعمدت ، لزمه القصاص ، أو الديةالمغلظة وبكمالها، ولو رجع القاضي والشهود جميعاً ، لزمهم القصاص ، وإن قالوا : أخطأنا ، أو عفا على مال ، فالدية منصفة، عليهما نصفها ، وعليه نصفها[1]، هكذا نقله البغوي وغيره ، وقياسه أن لاتجب كمال الدية عند رجوعه وحده ، كما لو رجع بعض الشهود ، ولو رجع ولي الدم وحده ، لزمه القصاص ، أو كمال الدية ، ولو رجع مع الشهود ، فوجهان أصحهما عند الإمام أن القصاص أو كمال الدية على الولي ، لأنه المباشر ، وهم معه كالممسك مع القاتل ، وأصحهما عند البغوي أنهم معه ، كالشريك لتعاونهم على القتل ، لاكالممسك ، لأنه جعلهم كالمحقين ، فعلى هذا

(١) في الأصل : فالدية منصفة عليه نصفها •

على الجميع القصاص أو الدية ، نصفها على الولي ، ونصفها على الشهود ، ولو رجع القاضي معهم ، فالدية مثلثة ، ثلثها على القاضي ، وثلث على الولي ، وثلث على الشهود ، وينبغي على هذا الوجه أن لايجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده .

قلت : لم يرجح الرافعي واحداً من الوجهين ، بل حكى اختلاف الإمام والبغوي في الصحيح . والأصح ما صححه الإمام وقد سبق في أول كتاب الجنايات من هذا الكتاب القطع به، فهو الأصح نقلاً ودليلاً .
والله أعلم

الثانية : هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان ؟ فيه أوجه ، أحدها : لا ، لأنه لم يتعرض للمشهود عليه ، وإنما أثنى على الشاهد ، والحكم يقع بالشاهد . فكان كالممسك مع القاتل . وأصحهما : نعم ، لأنه بالتزكية ألجأ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل ، والثالث يتعلق به الضمان[1] دون القصاص . قال القفال : الخلاف فيما إذا قال المزكيان: علمنا كذب الشاهدين ، فإن قالا : علمنا فسقهما . فلا شيء عليهما ، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق ، وطرد الإمام الخلاف في الحالين .

الثالثة : ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا : تعمدنا ، فلو قالوا : أخطأنا . وكان الجاني أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة. وتكون في مالهم، لأن إقرارهم لايلزم العاقلة . فإن صدقهم العاقلة . فهي على العاقلة . قال الإمام : وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ ، ولو قال أحد شاهدي القتل : تعمدت ولا أدري أتعمد صاحبي أم لا ، واقتصر على قوله : تعمدت ، وقال صاحبه : أخطأت ، فلا قصاص على

---

(١) في الأصل : يتعلق بالضمان .

واحد منهما ، لأن شريك المخطىء لاقصاص عليه ، وقسط المخطىء من الدية يكون[1] مخففاً ، وقسط المتعمد يكون مغلظاً • ولو قال كل واحد : تعمدت ، وأخطأ صاحبي ، فوجهان ، أحدهما : يجب القصاص لاعترافهما بالعمدية[2] ، وأصحهما : المنع ، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة • ولو قال أحدهما : تعمدت وأخطأ صاحبي ، أو قال : ولا أدري أتعمد صاحبي أم أخطأ ، وصاحبه غائب أو ميت ، فلا قصاص ، ولو قال : تعمدت وتعمد صاحبي ، وصاحبه غائب أو ميت ، لزمه القصاص • ولو قال : تعمدت ولا أعلم حال صاحبي ، وقال صاحبه مثله ، أو اقتصر على قوله : تعمدت ، لزمهما القصاص ، ذكره البغوي وغيره • ولو قال أحدهما : تعمدت أنا وصاحبي ، وقال الآخر : أخطأت أو أخطأنا معاً ، فلا قصاص على الثاني ، ويلزم الأول على الأصح •ولو قال أحدهما : تعمدت وتعمد صاحبي ، وقال صاحبه : تعمدت وأخطأ هو . وجب القصاص على الأول ، ولا يجب على الثاني على الصحيح ، لأنه لم يعترف إلا بشركة مخطىء • ولو رجع أحد الشاهدين ، وأصر الآخر ، وقال الراجع : تعمدت ، لزمه القصاص ، وإن اقتصر على قوله: تعمدت ، فلا •

الرابعة : ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين فيما إذا قالوا : تعمدنا ، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا ، فإن قالوا : تعمدنا ، ولم نعلم أنه يقتل ، فإن كانوا ممن لا يخفى عليه ذلك ، وجب القصاص ، ولا اعتبار بقولهم ، كمن رمى سهماً إلى رجل ، واعترف بأنه قصده ، ولكن قال : لم أعلم أنه يبلغه ، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم ،

---

(١) في الأصل : فيكون .

(٢) في الأصل : العمد به .

لقرب عهدهم بالإسلام ، فالذي قاله الأصحاب : إنه شبه عمد لا يوجب قصاصاً ، ومال الإمام إلى وجوبه ، وحكى الروياني وجهاً شاذاً مأخوذاً مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح ، ولم يعلم مرضه، وأما الدية . فتجب في مال الشهود مؤجلة في ثلاث سنين إلا أن تصدقهم العاقلة . فيجب عليها ، وقال القفال : حالّة لتعمدهم ، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور .

فرع

قال ابن القطان : لو رجع الشهود ، وقالوا : أخطأنا ، وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطؤوا ، وأن عليهم الدية ، فأنكرت العاقلة العلم ، فليس للشهود تحليفهم ، وإنما يطالب العاقلة إذا قامت البينة ، قال ابن كج : ويحتمل أن لهم تحليفهم ، لأنهم لو أقروا لغرموا .

النوع الثاني : غير العقوبات ، فمنه الأبضاع فإذا شهدوا بطلاق بائن أو رضاع محرم ، أو لعان أو فسخ بعيب ، أو غيرها من جهات الفراق ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم رجعا لم يرتفع الفراق ، لكن يغرمان . سواء كان قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول .غرما مهر المثل على المشهور ، وفي قول : المسمى ، وإن كان قبله . فهل يغرمان مهر المثل أم نصفه ؟ فيه نصان ، ونص فيما لو أفسدت امرأة نكاحه برضاع أنها تغرم نصف مهر المثل ، وللأصحاب طرق ، المذهب وجوب النصف في الرضاع ، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة ، وفي قول نصفه ، وفي قول نصف المسمى ، وفي قول جميعه ، وقيل : يجب جميع مهر المثل قطعاً ، وقيل : نصفه قطعاً ، وقيل : إن كان الزوج سلم إليها الصداق ، غرم الشهود جميع مهر المثل ، لأنه لا يتمكن من استرداد شيء ، وإلا فنصفه. ولو تزوجها مفوضة، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض . وقضى القاضي بالطلاق والمتعة ، ثم رجعا فالخلاف في أنهما

يغرمان مهر المثل أو نصفه ، كما في غير التفويض، وفي قول قديم يغرمان المتعة التي غرمها الزوج ، ولو شهدا بطلاق رجعي ، ثم رجعا . فلا غرم إذا لم يفوتا[1] شيئاً ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة ، التحق بالبائن، ووجب الغرم على الصحيح ، وقيل : لا لتقصيره بترك الرجعة ، وأطلق ابن كج في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعي وجهين ، فإن أوجبنا الغرم في الحال ، فغرموا ، ثم راجعها الزوج ، فهل عليه رد ما أخذ ، فيه احتمالان ، ذكرهما أبو الحسن العبادي .

قلت : الصواب الجزم بالرد . **والله أعلم**

ولو شهدا[2] بطلاق ، وقضى به ، ثم رجعا ، وقامت بينة أنه كان بينه وبين الزوجة رضاع محرم ، أو شهدا بأنه طلقها اليوم ،ورجعا، ثم قامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً أمس ، فلا شيء عليهما ، إذ لم يفوتا ، فإن غرما قبل البينة استردا ، ولو شهدا أنها زوجة فلان بألف ، وحكم بشهادتهما القاضي ، ثم رجعا ، قال البغوي : لاغرم ، وقال ابن الصباغ: إن كان بعد الدخول غرما ما نقص عن مهر المثل إن كان الألف دونه ، قال : وعلى هذا لو كان قبل الدخول ، ثم دخل بها ينبغي أن يغرما ما نقص ، وهذا هو الذي أطلقه ابن كج . ولو شهدا[2] أنه طلقها بألف ، ومهرها ألفان ، فقال ابن الحداد ، والبغوي : عليهما ألف وقد وصل إليه من المرأة ألف ، وقال ابن كج : عليهما مهر المثل بعد الدخول، ونصفه قبله . كما لو لم يذكرا عوضاً ، وأما الألف ، فهو محفوظ عنده للمرأة ، لأنها لاتدعيه ، وإن لم يكن قبضه ، فهو في يدها .

---

(١) في الأصل : يوفيا .
(٢) في الأصل : شهد .

فرع

ومن هذا النوع العتق ، فإذا شهدا بعتق عبد ، وقضى به القاضي ، ثم رجعا ، غرما قيمة العبد ، ولم يرد العتق ، سواء كان المشهود بعتقه قناً أو مدبراً ، أو مكاتباً ، أو أم ولد ، أو معلقاً عتقه بصفة ، ولو شهدا بتدبير عبد ، أو استيلاد جارية ، ثم رجعا بعدالقضاء، لم يغرما في الحال، لأن الملك لم يزل ، فإذا مات، غرما بالرجوع السابق، وهكذا لو شهدا بتعليق عتق أو طلاق بصفة ، ثم رجعا وفيهما وجه ، لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك ، ولو شهدا بكتابته ، ثم رجعا ، وأدى النجوم ، وعتق ظاهراً ، ففيم يغرمان ؟ وجهان ، أحدهما : كل القيمة ، والثاني : ما بين قيمته والنجوم ، ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة ، فالمنقول أنه كما لو شهدا أنه طلقها بألف ، ومهرها ألفان .

فرع

ومنه أنه[1] إذا شهدا أنه وقف على مسجد أو جهة عامة ، ثم رجعا بعد القضاء ، غرما قيمته ، ولا يرد الوقف ، وكذا لو شهدا أنه جعل هذه الشاة أضحية .

الضرب الثاني : مالا يتعذر تداركه وهو الأموال أعيانها وديونها، فإذا شهدوا لرجل بمال ، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه ، لم ينقض الحكم، ولم يرد المال إلى المدعى عليه ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وحكى في « العدة » وجهاً أنه ينقض ، ويرد المال وهو شاذ ، وهل يغرمون ؟ قولان أظهرهما عند العراقيين والإمام وغيرهم : نعم ، وقيل : لايغرمون قطعاً ، وقيل : يغرمون الدين دون العين ، والمذهب الغرم مطلقاً .

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : ومنه ما إذا شهدا .

فصل

شهدوا على أحد الشريكين في عبد أنه أعتق حصته وهو موسر ، فقضى القاضي بعتقه والسراية ، ثم رجعوا ، لزمهم قيمة نصف المشهود [عليه] وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال شهود قتل الخطإ إذا رجعوا بعد غرم العاقلة هل يغرمون ؟ فيه الخلاف. ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع ، ثم رجعوا غرموا ، ولو رجع شهود الأصل ، وقالوا : كذبنا ، غرموا أيضاً ، ولو رجع الأصول والفروع ، فالغرم على شهود الفرع ، لأنهم ينكرون إشهاد[1] الأصول ، ويقولون : كذبنا فيما قلنا ، والحكم وقع بشهادتهم . وحيث وجب على الراجع عقوبة من قصاص أو حد قذف ، دخل التعزير فيها ، وإذا لم تجب عقوبة ، واعترف بالتعمد ، عزر .

فصل

الرجوع المغرم إما أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحد المعتبر في الباب ، وإما أكثر عدداً[2] ، فإن كانوا على الحد بأن حكم في العتق أو القتل بشهادة رجلين ، ثم رجعا ، لزمهما الغرم بالسوية ، وإن رجع أحدهما ، لزمه النصف ، وكذا لو رجم في الزنى بشهادة أربعة ، فرجعوا جميعاً ، فعليهم الدية أرباعاً ، وإن رجع بعضهم ، فعليه حصته منها ، وإن زادوا على الحد المعتبر بأن شهد بالقتل أو الحد ثلاثة أو بالزنى خمسة ، فإن رجع الجميع ، فالغرم عليهم بالسوية ، وإن رجع البعض ، نظر ، فإن ثبت على الشهادة الحد المعتبر بأن رجع من الثلاثة في القتل

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : شهادة .

(٢) في الأصل : أكثر عدد .

(٣) في الأصل : واحدا .

واحد ، أو من الخمسة في الزنى واحد[1] فلا غرم على الراجع على الأصح، وبه قال ابن سريج ، والاصطخري ، وابن الحداد ، والثاني :يغرم بحصته من العدد ، قاله المزني وأبو إسحاق • ولا يجب القصاص والحالة هذه بلا خلاف ، كذا قاله البغوي ، وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد عن القفال أنه يلزمه القصاص إن اعترف بالتعمد ، أما إذا لم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم بأن رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان ، فعلى الوجهين السابقين ، فإن قلنا : لاغرم هناك وزع الغرم هنا على العدد المعتبر ، وحصة من نقص من العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية ، ففي صور الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين ، وإن قلنا : يغرم هناك وزع هنا على جميع الشهود ، فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم ، هذا كله إذا كان جميع الشهود ذكوراً أو إناثاً بأن كان رضاعاً أو نحوه . فإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظر إن لم يزيدوا على العدد المعتبر، كرجل وامرأتين في رضاع أو مال . فإذا رجعوا ، فعلى الرجل نصف الغرم . وعلى كل امرأة ربعه ، وإن زادوا على العدد ، فالمشهود به قسمان : أحدهما ما يثبت بالنسوة منفردات ، كالرضاع ، فإذا شهد به أربع نسوة ورجل ، ورجعوا ، فعليه ثلث الغرم ، وعليهن ثلثاه ، وإن رجع وحده ، فلا شيء عليه على الأصح ، لبقاء الحجة ، وكذا لو رجع امرأتان ، وعلى الثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم • ولو شهد رجل وعشر نسوة ، ثم رجعوا ، فعليه سدس الغرم ، وعلى كل واحدة نصف سدسه، وإن رجع وحده أو مع ست ، فما دونهن ، فلا غرم على الأصح لبقاء الحجة ، وعلى الثاني يجب على من رجع حصته ، وإن رجع مع سبع ، فعلى الأصح عليهم ربع الغرم ، لبطلان ربع البينة ، وإن رجع مع ثمان ، فنصفه ومع تسع ثلاثة أرباعه ، ويكون على الذكر ضعف ماعلى المرأة ، وعلى الثاني عليهم قدر حصتهم لو رجعوا جميعاً ، ولو رجع النسوة وحدهن ، فعليهن نصف الغرم على الأصح ، وخمسة أسداسه في الثاني.

---

(1) في الأصل : واحداً .

القسم الثاني : مالا يثبت بالنسوة منفردات ، كالمال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع ، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا ، فهل على الرجل نصف الغرم أم ثلثه ؟ وجهان أصحهما الأول ، فإن قلنا به ، فرجع النسوة ، فعليهن نصف الغرم ، ولو رجعت امرأتان ، فلا شيء عليهما على الأصح لبقاء الحجة، وعلى قول المزني وأبي إسحاق، عليهما ربع الغرم • ولو شهد رجل وعشر نسوة ، ورجعوا ، فعليه نصف الغرم، وعليهن نصفه على الأصح ، وعلى الثاني عليه سدسه ، وعليهن الباقي ، ولو رجع وحده ، فعليه النصف على الأصح ، وعلى الآخر إنما عليه السدس ، ولو رجعن دونه ، فعليهن النصف في الأصح ، وفي الآخر خمسة أسداس ، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل ، فرجع معه ثمان نسوة ، فعليه النصف ، ولا شيء عليهن بناء على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الغرم[1] ، وقد بقي من النساء من يتم به ذلك ، وعلى قول المزني ، وأبي إسحاق عليهن أربعة أخماس النصف ، ولو رجع مع تسع نسوة ، لزمه النصف ، وعليهن الربع ، لبقاء ربع الحجة . وعلى قول المزني عليه نصف ، وعليهن تسعة أعشار النصف الآخر ، وإن رجع ثمان نسوة لاغير ، فلا شيء عليهن ، وعلى قوله عليهن أربعة أخماس النصف •

فرع

هل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنى ، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق ؟ وجهان ، وقيل : قولان ، أصحهما : لا ، وقيل : إن شهدوا بالإحصان بعد شهادة الزنى غرموا ، وإلا فلا ، فإن غرمناهم ، فقالوا : تعمدنا ، لزمهم القصاص ، كشهود

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : نصف الحق .

الزنى . وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنى وجهان ، أصحهما : اعتبار النصابين ، فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم ، والآخرين ثلثاه ، والثاني يوزع نصفين اعتباراً بالجنسين ، كالقاضي مع الشهود ؛ وإذا غرمنا شهود الصفة، غرموا[1] النصف قطعاً ، فإذا شهد أربعة بالزنى، واثنان بالإحصان ، ورجعوا كلهم بعد الرجم ، فإن قلنا بالأصح : إن شهود الإحصان لايغرمون ، فالضمان على شهود الزنى ، وإلا فعلى الجميع أثلاثاً على الأصح ، ومناصفة على الآخر ، وإن رجع واحد من شهود الزنى ، وواحد من شاهدي الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعلى الرابع من شهود الزنى ربع الغرم ، وإن غرمناهم ، فإن نصفنا ، فعليه ثمن الغرم ، وعلى الآخر ربع ، وإن ثلثنا ، فعلى كل واحد منهما سدسه، وإن رجع واحد من أحد الصنفين لاغير ، ففيما عليه هذا الخلاف . ولو شهد أربعة بالزنى والإحصان جميعاً ، ثم رجع أحدهم ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعليه ربع الغرم ، وإن غرمناهم ، فقد بقي هنا من تقوم به حجة الإحصان ، فإن غرمنا الرابع مع ثبات من تقوم به الحجة ، لزمه الربع أيضاً ، كما لو رجعوا كلهم ، وإن لم نغرمه ، فلا ضمان عليه، بسبب الإحصان ، وأما بسبب الزنى ، فإن نصفنا ، فعليه ثمن الغرم ، وإن ثلثنا ، فسدسه ، وإن رجع ثلاثة وبقي واحد ، فقد بطل ثلاثة أرباع حجة الزنى ، ونصف حجة الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، لزمهم ثلاثة أرباع الغرم ، وإن غرمناهم ، فعلى كل واحد إن نصفنا للرجوع عن الزنى ثمن الغرم ، وعن الإحصان نصف سدسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم ، وإن ثلثنا ، فعلى كل واحد للرجوع عن شهادة الزنى سدس الغرم توزيعاً للثلثين على الأربعة ، وعن الإحصان ثلث سدسه توزيعاً لنصف غرم الإحصان على الراجعين ، ولو شهد أربعة بالزنى ،

---

(1) في الأصل : وغرموا .

واثنان منهم بالإحصان ، ثم رجعوا بعد الرجم ، فـإن لم نغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة ، فكذا هنا ، وإن غرمناهم ، فهل يغرم شاهد الأصل هنا زيادة ؟ وجهان ، فإن قلنا : نعم عاد الخلاف ، فإن نصفنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم : النصف بشهادة الإحصان ، والربع بالزنى ، وعلى الآخرين الربع ، وإن ثلثنا ، فعلى شاهدي الإحصان ثلثان ، وعلى الآخرين ثلث ، وإن رجع واحد منهم ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعليه ربع الغرم ، وإن غرمناهم ، فإن كان الراجع من شاهدي الإحصان ، فإن نصفنا ، لزمه ثمن الغرم ، وإن ثلثنا ، فالسدس . ولو شهد ثمانية بالزنى والإحصان ، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح لبقاء الحجتين ، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع ، فإن رجع خامس ، فقد بطلت حجة الزنى ، ولم تبطل حجة الإحصان ، فإن لم نغرم شهود الإحصان ، فعلى الخمسة ربع الغرم لبطلان ربع الحجة ، وإن غرمناهم ، فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح ، لبقاء حجته ، ويغرم الراجعون ربع غرم الزنى وهو السدس إن ثلثنا ، والثمن إن نصفنا ، وإن رجع ستة[1] ، لزمه نصف غرم الزنى ، وهو الثلث إن ثلثناه ، والربع إن نصفناه ، وإن رجع سبعة ، بطلت الحجتان ، ولا يخفى قياسه .

شهد أربعة على رجل بأربعمائة ، ثم رجع أحدهم عن مائة وآخر عن مائتين ، وثالث عن ثلاثمائة ، والرابع عن الجميع ، فالبينة باقية بتمامها في مائتين ، فالأصح أنه لايجب غرمهما ، ويجب عن الأربعة غرم المائة بالرجوع عنها باتفاقهم ، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها ، والوجه الثاني على كل واحد حصته

---

(١) في الأصل : منه .

فيما رجع عنه، فعلى الأول ربع المائة، وعلى الثاني خمسون، وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع مائة .

فصل

إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان كونهما كافرين، أو عبدين، أو صبيين، فقد سبق أنه ينقض حكمه، وكذا لو بانا فاسقين على الأظهر، قال الإمام: ومعنى نقضه أنا تتبين الأمر[1] على خلاف ماظنه وحكم به، فإن كان المشهود به طلاقاً أو عتقاً أو عقداً فقد بان أنه لاطلاق ولا عتق ولا عقد، فإن كانت المرأة ماتت، فقد ماتت وهي زوجته، وإن مات العبد مات وهو رقيق له، ويجب ضمانه، وإن كان المشهود به قتلاً أو قطعاً أو حداً استوفي وتعذر التدارك، فضمانه على عاقلة القاضي على الأظهر، وفي بيت المال على قول كما سبق في ضمان الولاة . وإنما تعلق الضمان بالقاضي، لتفريطه بترك البحث التام على حال الشهود، ولا ضمان على المشهود له، لأنه يقول: استوفيت حقي، ولا على الشهود، لأنهم ثابتون على شهادتهم زاعمون صدقهم بخلاف الراجعين . وإذا غرمت العاقلة، أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلاف وتفصيل سبق في باب ضمان الولاة، والذي قطع به العراقيون أنه لا ضمان عليهم، قالوا: وكذا لاضمان على المزكين، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وقال القاضي أبو حامد: يرجع الغارم على المزكين، ويستقر عليهم الضمان بخلاف الشهود، لأنه ثبت عند القاضي أن الأمر على خلاف قول المزكين، ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود[2] وإلى هذا مال القاضيان أبو الطيب والروياني، ومفهوم ماذكروه أنه يجوز تغريم المزكين أولاً، ثم لارجوع

---

(١) في الأصل : الآخر .
(٢) في الأصل : المشهود .

لهم على القاضي . وأشار الإمام إلى مثل ذلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم . ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أن يكون الحكم في حد لله تعالى أو قصاص . وسواء في القصاص استوفاه المدعي أو القاضي بنفسه ، أو فوض استيفاءه بإذن المدعي إلى شخص . وسبق في إذن القاضي عن الاصطخري أن المدعي إن استوفاه بنفسه . فالضمان عليه . وأنه إنما يعلق الضمان بالقاضي إذا باشر الاستيفاء أو فوضه إلى غيره بإذن المدعي ، وإن كان المحكوم به مالاً ، فإن كان باقياً عند المحكوم له انتزع . وإن كان تالفاً ، أخذ منه ضمانه ، وقيل : إن تلف بآفة سماوية ، فلا ضمان . والصحيح الأول ، وفرقوا بينه وبين الإتلاف حيث قلنا : لاغرم عليه فيه بأن الإتلاف إنما يضمن إذا وقع على وجه التعدي . وحكم القاضي أخرجه عن التعدي ، وأما المال ، فإذا حصل في يد إنسان بغير حق كان مضموناً ، وإن لم يوجد منه تعد . فإن كان المحكوم له معسراً أو غائباً ، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال في قول ومن خالص ماله في قول ، لأنه ليس بدل نفس تتعلق بالعاقلة . ثم القاضي يرجع على المحكوم له إذا ظفر به موسراً ، وهل له الرجوع على الشهود ؟ جعله الإمام على الخلاف والتفصيل المشار إليهما في الإتلافات ، ويجيء أن يقال على قياس ما سبق : إن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي ، وتغريم المحكوم له وبالله التوفيق .

تم بعونه تعالى
الجزء الحادي عشر من كتاب
« روضة الطالبين »
ويليه الجزء الثاني عشر وأوله كتاب الدعوى والبينات

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة
كتاب الأيمـان	٣
حكم اليمين إذا اعقبه بالاستثناء	٤
حكم الحلف بغير الله	٦
حروف القسم ثلاثة الباء والواو والتاء	٧
حكم حذف حرف القسم	٩
انعقاد اليمين يكون بالحلف بالله ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته	١٠
حكم الحلف بالمصحف	١٣
إذا قال أشهد بالله أو شهدت بالله ونوى اليمين فيمين	١٤
كفارة اليمين	١٧
جواز التكفير قبل الحنث	١٧
ما لا يكره الحلف فيه	١٩
كيفية كفارة اليمين	٢١
إذا مات وعليه كفارة يمين تخرج من تركته سواء أوصى بها أو لم يوص	٢٥
الأصل المرجوع إليه في البر والحنث اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين . وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص بنية تقترن أو باصطلاح خاص أو قرينة	٢٧
حلف لايدخل الدار وهو فيها لايحنث بالمكث	٢٨
حلف لا يدخل الدار حنث بالحصول فيها كيفما اتفق له	٢٩
حكم ماإذا حلف لايسكن هذه الدار ولا يقيم فيها وهو عند الحلف فيها	٣٠
حكم الحلف على أن لايساكن زيداً في موضع أو مطلقاً	٣١
حلف لا يشرب من ماء هذه الإدواة أو الجرة	٣٣
حلف ليشربن ماء هذه الإداوة فانصب قبل أن يشرب	٣٥
حلف لا يأكل هذين الرغيفين لم يحنث إلا بأكلهما	٣٦

الموضوع	الصفحة
إذا حلف لايأكل الراس أو الرؤوس حمل على أن تميز عن الأبدان وتباع مفردة	٣٧
حلف لا يأكل الخبز حنث بأي خبز كان	٣٨
حلف لايأكل الزبد لايحنث بأكل السمن	٤٠
حلف لايأكل السكر حنث بنفس السكر دون مايتخذ منه إلا إذا نوى	٤٢
حلف لايأكل أو لا يشرب لايحنث بمجرد الذوق	٤٣
ما يعد فاكهة وما لا يعد في الحلف	٤٣
حلف لايأكل طعاماً اشتراه زيد ، لم يحنث بما ملكه بإرث أو هبة أو وصية	٤٥
حلف لايسكن داراً لزيد ، فسكن داراً له فيها حصة قليلة أو كثيرة لايحنث	٤٧
حلف لايشتري ولا يبيع لايحنث بتوكيل من يشتري له ويبيع	٤٧
حلف لايبيع ، فباع بيعاً فاسداً أولا يهب ، فوهب هبة فاسدة ، لم يحنث	٤٩
حلف لايهب ، حنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض	٥٠
حلف لايبر فلاناً ، دخل في اليمين جميع التبرعات	٥١
حلف لايدخل دار زيد أو بيته ، حنث بدخول دار يملكها وإن لم يسكنها ، ولا يحنث بدخول دار يسكنها باجارة أو إعارة	٥٣
حلف لايدخل دار زيد ، فباعها زيد ثم دخلها لم يحنث	٥٤
حلف لايدخل هذه الدار من هذا الباب ، فدخلها من موضع آخر عتيق أو محدث وذلك الباب بحاله لم يحنث	٥٥
حلف لايلبس ثوباً حنث بلبس القميص والرداء والسراويل والجبة والقبـاء . . .	٥٧
حكم ما إذا حلف لايخرج فلان بغير إذنه أو إلا بإذنه	٦١
حلف لايكلمه ، فقال له : تنح عني أو قـم أو اخرج أو شتمه أو زجره ، حنث سواء عقب هذا لليمين متصلاً أم فصله	٦٣
تجوز المهاجرة فوق ثلاثة أيام إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهراً بالظلم والفسوق	٦٤
ماذا يقول من حلف ليثنين على الله أحسن الثناء	٦٥
حلف لايصلي لايحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف	٦٦

الموضـــوع	الصفحة
حكم ما إذا حلف ليقضين حقه ، ومات قبل القضاء	٦٩
لو قال لأقضين حقك إلى حين . لم يختص ذلك بزمان مقدر ، بل يقع على القليل والكثير	٧١
حكم ما إذا حلف لايرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي	٧٢
حكم ما إذا حلف لايفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه	٧٤
حلف ليجلدن عبده مائة سوط ، فإن شد مائة سوط وضربه بها ، فقد وفى بموجب اللفظ	٧٧
فصل في حنث الناسي والجاهل والمكره	٧٨
حلف لايسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أنه فيهم ، ففي الحنث قولا حنث الناسي والجاهل	٧٩
لاتنعقد يمين صبي ولا مجنون ولا مكره	٨١
الشافعي رحمه الله يعمل بمقتضى اللغة في الأيمان وذلك عند ظهورها وشمولها وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد	٨١
اللفظ الخاص في اليمين لايعمم بالسبب والنية والعام وقد يتخصص	٨١
يعتبر اللفظ بحقيقته ، وقد يصرف الى المجاز بالنية	٨٢
في كتب أصحاب أبي حنيفة أن المعرفة لاتدخل تحت النكرة لمغايرتها	٨٣
فصل في مسائل منثورة	٨٤
لو قال : لا ادخل حانوت فلان ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملك غيره ، لم يحنث	٨٧
في كتب أصحاب أبي حنيفة : لو قال : وسلطان الله فهو يمين إن اراد القدرة ، وإن أراد المقدور ، فلا	٨٧
لو حلف لا يأكل المرق ، فهو ما يطبخ باللحم اي لحم كان	٨٩
حلف لايزوره حياً ولا ميتاً ، فشيع جنازته لم يحنث	٩٠
كتـــاب القضـــاء	٩٢
القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع	٩٢
حكم ما إذا بذل مالاً ليتولى القضاء	٩٤
الصفات التي يجب توفرها في القاضي	٩٥
من لاتقبل شهادته من أهل البدع لايصح تقليده القضاء	٩٨
ليس للمجتهد أن يقلد مجتهداً	١٠٠

الموضـــوع	الصفحة
المنسوب الى مذهب احد الأئمة ثلاثة أصناف مقلد ، وبالغ رتبة الاجتهاد ومتوسط	١٠١
يلزم المستفتي أن يسأل من عرف علمه وعدالته	١٠٣
آداب المستفتي	١٠٦
لايشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون	١٠٨
ينبغي للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي ليتمكن من الفهم عنه	١٠٨
الشروط التي لابد من توافرها في المفتي المنتسب الى مذهب إمام	١٠٩
يكره للمفتي إبقاء المستفتي في حيرة بذكر عدة أقوال في المسألة، وينبغي أن يجزم بما هو الراجح منها	١١٣
هل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء ؟	١١٧
يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف	١١٨
يشترط في الذي يستخلفه مايشترط في القاضي	١١٩
هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي وهل لحكمه بينهما اعتبار	١٢١
أحكام منثورة تتعلق بالتولية	١٢٣
متى يعزل القاضي وينعزل	١٢٥
القضاة والولاة لاينعزلون بموت الإمام الأعظم أو انعزاله	١٢٧
ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبله	١٢٩
آداب القضاء وهي عشرة	١٣١
إذا لم يجد القاضي كفاية ، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء ...	١٣٧
يكره للقاضي أن يقضي في كل حال يتغير فيها خلقه	١٣٩
يحرم على القاضي الرشوة ...	١٤٢
شهادة الزور من أكبر الكبائر ، ومن ثبت أنه شهد بزور عزره القاضي بما يراه	١٤٥
ماينقض من قضاء القاضي وقضاء غيره .	١٤٦
إذا انتشر قول الصحابي فله ثلاثة أحوال	١٤٧
القياس نوعان جلي وغيره	١٤٩
إذا تبين للقاضي الخطأ في حكمه ، لزمه نقضه	١٥٠
حكم القاضي ينفذ ظاهراً لاباطناً	١٥٢

الموضوع	الصفحة
فصل في آداب منثورة	١٥٤
يقضي القاضي بالحجة ، فإذا لم تكن ، وعلم صدق المدعي ، فهل يقضي بعلمه ؟	١٥٦
حكم الرواية بالاجازة ، وأنواعها	١٥٧
على القاضي أن يسوي بين الخصمين في دخولهما ، وفي القيام لهما، والنظر فيهما ، وطلاقة الوجه ...	١٦١
لايحضر القاضي وليمة أحد الخصمين ، ولا وليمتهما ، وفي حضور وليمة غير الخصمين ثلاثة اوجه	١٦٥
البحث عن حال الشهود وتزكيتهم	١٦٦
ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل	١٦٨
لايقبل الجرح المطلق في الشاهد ، بل لابد من بيان سببه	١٧٢
ما يفعله القاضي إذا ارتاب بالشهود أو توهم غلطهم	١٧٣
القضاء على الغائب	١٧٥
يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر	١٧٧
كتاب القاضي الى القاضي	١٧٨
ما ينبغي أن يثبته القاضي في الكتاب الذي يبعثه الى قاضٍ آخر	١٨١
صيغ الحكم وما يكون منها حكم وما لايكون	١٨٥
الحكم بالشيء الغائب على غائب	١٨٨
الأصل أن لايسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب	١٩٣
من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره ، فلخصمه حالان	١٩٤
حكم القضاء على الغائب في العقوبات	١٩٦
المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم	١٩٧
القاضي يزوج من لاولي لها إذا كانت في محل ولايته	١٩٨
مسائل منثورة	١٩٩
كتاب القسمة	**٢٠١**
القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال	٢٠٢
للعين المشتركة حالان	٢٠٣
جواز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق	٢٠٤

الموضـــوع	الصفحة
حكم مـا إذا ادعى أحـد الشريكين غلطاً أو حيفاً في قسـمة قاسم القاضي بالإجبـار	٢٠٨
حكم ما إذا قسـمت التركة بين الورثة ، ثم ظهر دين	٢٠٩
قسـمة التعديل والمشترك	٢١٠
قسـمة دار بين اثنين لها علو وسفل ، طلب أحدهما قسـمتها علواً وسفلاً أجبر الآخر عند الامكان	٢١٣
إذا قلنا القسـمة بيع ، فاقتسما ربوياً ، وجب التقابض في المجلس	٢١٥
قسـمة الإجبار لايعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا بعدها	٢١٦
تقسـم المنافع كما تقسـم الأعيان ، وطريق قسـمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة	٢١٧
دار بيد جماعة طلبوا من القاضي قسـمتها بينهم ، إن أقاموا بينـة أنها ملكهم أجابهم إلى القسـمة ، وإن لم يقيموها ، فطريقان	٢١٩
مسـائل منثـورة	٢٢٠
كتـاب الشهادات	**٢٢٢**
شروط أهلية الشهادة وتعريف الكبيرة	٢٢٢
الصغـائر	٢٢٤
حكم اللعب بالشطرنج	٢٢٥
حـكم الغنـاء	٢٢٧
حكم الهجـاء بالشعر	٢٢٩
مايكون مباحاً كاللعب بالشطرنج ونحوه ترد به الشهادة إذا داوم على اللعب به ، أو لعب به في السوق على مرأى من الناس	٢٣٠
إذا تعاطى الانسـان شيئاً ما مختلفاً في تحريمه ، فهل ترد شهادته أم لا ؟	٢٣١
تعريف المروءة وهي الشرط الخامس من شروط أهلية الشهادة	٢٣٢
ترك السنن الرواتب أحياناً لاترد به الشهادة	٢٣٣
من شروط أهلية الشهادة الانفكاك عن التهمة	٢٣٤
لاتقبل شهادة أصل ولا فرع	٢٣٦
تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر	٢٣٧
من أسباب عدم قبول الشهادة العداوة	٢٣٧
حكم شهادة المبتدع	٢٣٩

الموضـــوع	الصفحة
لاتقبل شهادة المغفل الذي لايحفظ ولا يضبط	٢٤١
ما تقبل فيه شهادة الحسبة وهو ما تمحض حقاً لله تعالى	٢٤٣
شهادة الأخرس غير مقبولـة	٢٤٥
أمور لاتمنع الشهادة وفيها خلاف لبعض العلماء	٢٤٥
شروط التوبـة	٢٤٥
تصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه	٢٤٩
إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ثم بان له أنهما ممن لاتصح شهادتهما نقض حكمه	٢٥١
العدد والذكورة في الشهادة	٢٥٢
ما يكفي فيه شهادة واحد ، وشهادة الزنى لاتثبت إلا بأربعة رجال	٢٥٢
العقوبة لاتثبت إلا بشهادة رجلين	٢٥٣
ما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامراتين	٢٥٤
مستند علم الشاهد ، وحكم تحمل الشهادة وأدائها	٢٥٩
إذا شاهد فعل إنسان أو سمع قوله ، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، شهد عليه عند حضوره بالاشارة إليه ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه	٢٦١
المراة المتنقبة لايجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت كما لايجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت ، وكـذا البصير في الظلمة أو من وراء حائل صفيق	٢٦٤
الشهادة على الملك تنبغي على ثلاثة أمور وهي اليـد والتصرف والتسامع	٢٦٨
في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان	٢٧١
شروط تحمل الشهادة وأدائها	٢٧١
تحمل الشهادة فرض كفاية في عقد النكاح	٢٧٤
حكم الشاهد إذا طمع في مال لتحمل الشهادة وأدائها	٢٧٥
آداب التحمل والأداء	٢٧٦
الشاهد مع اليمين	٢٧٨
هل يثبت الوقف بشاهد ويمين	٢٨٤
الشهادة على الشهادة	٢٨٩
الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل	٢٩١

الموضـــوع	الصفحة
صفات شاهد الأصل وما يطرأ عليه	٢٩٢
لاتقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال	٢٩٣
متى تسمع شهادة الفروع	٢٩٤
يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم	٢٩٥
الرجوع عن الشهادة	٢٩٦
هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان ؟	٢٩٨
ما لا يثبت بالنسوة منفردات	٣٠٤
شهد أربعة على رجل بأربعمائة ، ثم رجع أحدهم عن مائة وآخر عن مائتين وثالث عن ثلاثمائة والرابع عن الجميع ...	٣٠٦

* * *